

ANSVARSGRUNNLAG FOR PASIENTSKADER



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 628
Leveringsfrist: 26.04.2011
Til sammen 15 592 ord
25.04.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema	1
1.2	Rettskilder	2
1.2.1	Metode	2
1.2.2	Lov	2
1.2.3	Lovformål	3
1.2.4	Forarbeider	3
1.2.5	Rettspraksis	4
1.2.6	Administrativ praksis	4
1.2.7	Reelle hensyn	5
1.2.8	Juridisk teori	5
1.3	Tilgrensende lovgivning	5
1.4	Fremstillingen videre	6
<u>2</u>	<u>PASIENTSKADELOVENS VIRKEOMRÅDE</u>	<u>6</u>
2.1	Lovens saklige avgrensning	6
2.1.1	Skadetype	7
2.1.2	Skadested	8
2.1.3	Skadevolder	9
2.1.4	Skadesituasjon	11
2.1.5	Skadelidte	12
2.2	Lovens stedlige avgrensning	12
2.3	Lovens avgrensning i tid	13
<u>3</u>	<u>ANSVAR FOR SVIKT</u>	<u>13</u>
3.1	Vanlig god praksis	16
3.1.1	Normer gitt ved lov eller forskrift	17

3.2	Skadeevne	18
3.2.1	Påregnelig skadeevne	20
3.3	Alternativ handlemåte	21
3.4	Sakkyndige vurderinger	23
3.5	Særlig om informasjonssvikt	24
<u>4</u>	<u>ANSVAR FOR TEKNISK SVIKT</u>	<u>27</u>
<u>5</u>	<u>ANSVAR FOR SMITTE ELLER INFEKSJON</u>	<u>29</u>
<u>6</u>	<u>ANSVAR FOR VAKSINASJON</u>	<u>31</u>
<u>7</u>	<u>SKADELIDTES FORVENTNINGER</u>	<u>32</u>
7.1	Tid	34
7.2	Sted	34
7.3	Situasjon	35
7.4	Unntak for utilstrekkelige ressurser	35
7.4.1	Ressursfordeling	36
7.4.2	Forsvarlig standard	37
<u>8</u>	<u>ANSVAR FOR SÆRLIG STOR ELLER UVENTET SKADE</u>	<u>38</u>
8.1	Rimelighetsvurderingen	39
8.2	Tilfeller som faller utenfor	43
<u>9</u>	<u>ANSVAR ETTER ALMINNELIGE ERSTATNINGSRETTLIGE REGLER</u>	<u>44</u>
9.1	Skyldansvar	45
9.2	Arbeidsgiveransvar	45
9.3	Objektivt ansvar	45

9.4	Kontraktsansvar	48
<u>10</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>49</u>
<u>11</u>	<u>KILDER</u>	<u>49</u>
11.1	Lover	49
11.2	Forskrifter	50
11.3	Avtaler	50
11.4	Forarbeider	50
11.4.1	Innstillinger til Odelstinget	50
11.4.2	Odelstingsproposisjoner	51
11.4.3	Norges offentlige utredninger	51
11.5	Rettspraksis	51
11.5.1	Høyesterettspraksis	51
11.5.2	Lagmannsrettspraksis	52
11.6	Praksis fra Pasientskadenemnda	52
11.7	Juridisk teori	53
11.8	Elektroniske dokumenter	54

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Det er tre grunnvilkår for rett til erstatning. Det må foreligge et ansvarsgrunnlag, et økonomisk tap og en årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og det økonomiske tapet. Oppgaven tar sikte på å gi en samlet fremstilling av ansvarsgrunnlag for pasientskader. Jeg kommer ikke inn på de øvrige vilkårene for erstatning.

Et ansvarsgrunnlag krever som regel at det er utvist skyld fra skadevolders side. Skyld er synonymt med culpa, uforsvarlig og uaktsomt. Skyldansvaret innebærer at skadevolder kunne og burde ha handlet annerledes enn han eller hun gjorde. Dersom skadevolder har utvist skyld, er det rimelig at skadelidte får erstatning. I andre tilfeller er det rimelig at skadelidte får erstatning selv om skadevolder ikke har utvist skyld. Dette kalles for objektivt ansvar. Det sier seg selv at det objektive ansvaret gir et sterkere erstatningsrettslig vern mot skade enn skyldansvaret.

Erstatningsansvaret for pasientskader har gjennomgått en utvikling for å styrke pasienters rettsstilling. Det ble vedtatt en midlertidig ordning for pasientskadeerstatning, i kraft 1. januar 1988.¹ Ordningen var basert på avtale mellom staten og fylkeskommunene. Samtidig ble det arbeidet med et lovforslag til en pasientskadelov. Den midlertidige ordningens virkeområde ble utvidet etter hvert.² Ansvarsgrunnlaget i den midlertidige ordningen var i utgangspunktet objektivt men det var betydelige unntak fra ansvaret. 1. januar 2003 trådte pasientskadeloven i kraft for den offentlige helsetjeneste og 1. januar 2009 for den private helsetjeneste. Ansvarsgrunnlaget i loven er en videreføring av ansvarsgrunnlaget og rettspraksis etter den midlertidige ordningen.

¹ Regler for midlertidig ordning med pasientskadeerstatning for somatiske sykehus/poliklinikker, 1988

² Regler for midlertidig ordning med pasientskadeerstatning for psykiatriske sykehus/poliklinikker, 1992. Regler for midlertidig ordning med pasientskadeerstatning for kommunelegetjenesten/kommunal legevakt, 1992

Likevel viser statistikken at det er et lite antall av saker for NPE, klager for PSN og saker for domstolene der pasienten vinner frem med et erstatningskrav. I 2010 mottok Norsk Pasientskadeerstatning 4036 saker.³ Av de 4036 sakene, fikk 1311 (32 %) medhold.⁴ 1410 av 4036 ble klaget inn til Pasientskadenemnda (PSN).⁵ 1143 er ferdig behandlet med 133 medhold (11 %)⁶, noe som er en betydelig lavere medholdsprosent enn i NPE. Etter administrativ behandling, kan erstatningskravet fremmes for domstolene. I 2010 ble det mottatt 106 nye stevninger.⁷ Det er falt dom i 82 saker i 2010 der resultatet gikk i pasientens favør i 10 av sakene.⁸

1.2 Rettskilder

1.2.1 Metode

I oppgaven benyttes alminnelig juridisk metode der lov, forarbeider, rettspraksis, administrativ praksis, reelle hensyn og juridisk teori er relevante rettskilder når gjeldende rett skal fastlegges.

1.2.2 Lov

Det naturlige utgangspunktet for lovtolkning er lovteksten i lov om erstatning ved pasientskader mv. av 15. juni 2001 nr. 53 (passkl.). En lovtolkning som tar utgangspunkt i en alminnelig språklig forståelse av lovteksten, gir en forutberegnelig rettstilstand.

Lovgivning som vil ha betydning ved tolkningen av pasientskadeloven er først og fremst lov om pasientrettigheter av 2. februar 1999 nr. 63 (pasrl.), lov om helsepersonell mv. av 7. februar 1999 nr. 64 (hlspl.), lov om spesialisthelsetjenesten m.m. av 2. juli 1999 nr. 61 (sphlsl.), lov om helsetjenesten i kommunene av 19. november 1982 nr. 66

^{3 4} Norsk Pasientskadeerstatning, 2011

^{5 6 7 8} Pasientskadenemnda, 2011

(khl.) og lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern av 2. juli 1999 nr. 62 (phlsvl.).

1.2.3 Lovformål

Formålet med, eller begrunnelsen for, pasientskadeloven er prevensjon og gjenopprettelse.⁹ Formålet med pasientskadeloven må ivaretas ved tolkning av loven.

Prevensjon innebærer at trusselen om erstatningsansvar kan forhindre skadeforvoldelse. Erstatningssaker kan bidra med statistiske data til helsesektorens arbeid med kvalitetsforbedring og skadeforebygging.¹⁰

Utbetaling av erstatning søker først og fremst å gjenopprette det økonomiske tapet som skaden har ført til. Gjenopprettelse ivaretar i tillegg skadelidtes behov for gjengjeldelse. Imidlertid er folketrygden den primære kompensasjonsordning for personskader. Erstatning vil kun ha en supplerende rolle. Mottatte trygdeytelser i henhold til lov om folketrygd av 28. februar 1997 nr. 19 (ftrl.) og utbetalinger fra forsikringsselskaper trekkes fra i erstatningsoppgjøret, jf. lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 nr. 26 (skl.) § 3-1 tredje ledd.

NPE har overtatt rollen til obligatoriske ansvarsforsikringer for helsepersonell på hele helsesektorens område. Skadelidte må holde seg til et uavhengig organ mens skadeforvolder holdes utenfor erstatningssaken, noe som har både fordeler og ulemper med hensyn til ivaretagelse av lovens formål. For eksempel ivaretas ikke skadelidtes behov for gjengjeldelse.

1.2.4 Forarbeider

Det ligger mye lovarbeid bak vedtakelsen av pasientskadeloven. Ved kongelig resolusjon 11. september 1987 ble det oppnevnt et utvalg for å utrede og foreslå lovregler om objektivt ansvar for pasientskader. Lovforslaget i Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99) bygger på utredningen fra Lødrup-utvalget i NOU 1992: 6 som i stor utstrekning bygger på den midlertidige erstatningsordningen. Forslaget kom parallelt med forslag til pasientrettighetsloven, helsepersonelloven, psykisk helsevernloven og

⁹ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99)

¹⁰ Norsk Pasientskadeerstatning, 2011

spesialisthelsetjenesteloven. Det fremgår av ovennevnte proposisjon at ”pasientskadeloven har flere berøringspunkter med de foreslåtte fire nye helselovene”¹¹.

Departementet fremmet en tilleggsproposisjon, Ot. Prp. Nr. 55 (1999-2000), for å harmonisere pasientskadereglene med den nye helsereformen og for å ta stilling til forholdet mellom pasientskadeloven og apotekloven. I Ot. Prp. Nr. 22 (2002-2003) ble det foreslått at loven skulle tre i kraft for offentlig sektor. Sosialkomiteen vedtok forslaget i Innst. O. nr. 68. Det ble i Ot.prp. nr. 74 (2002-2003) fremmet forslag om å lovfeste en forsikringsplikt for ytere av private helsetjenester. Men det viste seg at forsikringsselskapene ikke ville tilby forsikringer på lovens vilkår. Det ble derfor i Ot. Prp. Nr. 103 (2005-2006) fremmet et forslag om å utvide lovens virkeområde til privat sektor ved at ytere av private helsetjenester skulle betale tilskudd til NPE. Helse- og omsorgskomiteen vedtok forslaget i Innst. O. nr. 46 (2006-2007).

1.2.5 Rettspraksis

På pasientskadenes område er rettsavgjørelsene konkret begrunnet. Det kan likevel trekkes ut momenter som er mer generelle og som kan være retningsgivende med hensyn til hvilke momenter domstolene legger vekt på i vurderingene.

Vekten av rettspraksis avhenger av domstolshierarkiet der Høyesterettspraksis har størst vekt. Det er ennå ikke mye Høyesterettspraksis, men noe lagmannsrettspraksis om tolkningen av pasientskadeloven. Rettspraksis etter den midlertidige ordningen, etter lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 nr. 26 (skl.) § 2-1 og rettspraksis om ulovfestet objektivt ansvar er relevant ved tolkningen av pasientskadeloven.

1.2.6 Administrativ praksis

Norsk Pasientskadeerstatning (NPE) og Pasientskadenemnda (PSN) er uavhengige statlige forvaltningsorganer underlagt Helse- og omsorgsdepartementet. NPE avgjør i første instans hvorvidt vilkårene for erstatning etter pasientskadeloven er til stede, jf. passkl. § 9. Vedtak fra NPE kan påklages til PSN, jf. passkl. § 15. Når den

¹¹ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99) s. 6 høyre spalte

administrative klagemuligheten er uttømt kan pasienten stevne staten v/Pasientskadenemnda inn for retten, jf. passkl. § 18.

Vedtak fra NPE og Pasientskadenemnda (PSN) er relevante ved tolkningen av loven. Vedtakene vil ha samme rettskildemessig vekt som alminnelig forvaltningspraksis, det vil si vekten vil avhenge av kvaliteten på argumentasjonen. PSN har opparbeidet seg ekspertise på området for pasientskader og bør av denne grunn få en viss autoritativ vekt. PSN er, i motsetning til NPE, sammensatt av jurister og medisinsk sakkyndige. Det ivaretar hensynet til forutberegnelighet dersom det legges vekt på praksis som gir uttrykk for eller er et utslag av fast og konsistent praksis.

1.2.7 Reelle hensyn

Reelle hensyn er rettslige vurderinger som vektlegges i rettspraksis, særlig på erstatningsrettens område.¹² For eksempel er hva som er en rimelig risikofordeling avgjørende ved vurderingen av objektivt ansvar.

1.2.8 Juridisk teori

Juridisk teori har, sammen med rettspraksis, spilt en betydelig rolle for utviklingen av erstatningsretten, særlig for utviklingen av objektivt ansvar. Både lærebøker som fremstiller gjeldende rett og artikler som stiller spørsmål ved gjeldende rett, er relevante ved fremstillingen av pasientskadeansvaret. Den rettskildemessige vekten derimot, kan diskuteres.

1.3 Tilgrensende lovgivning

I noen tilfeller kan en skade gå inn under både pasientskadeloven og lov om apotek av 2. juni 2000 nr. 39 (apotl.) eller lov om produktansvar av 23. desember 1988 nr. 104 (prodansvl.) eller lov om smittevern av 5. august 1994 nr. 55 (smittel.) Det fremheves i forarbeidene til pasientskadeloven at lovens ansvarsregler må skape forutberegnelighet for befolkningen.¹³ Det vi si at skadelidte kan holde seg til et regelsett og et ansvarssubjekt ved skadeinntreden. Apotekloven bestemmer uttrykkelig at ”*For pasientskader gjelder reglene i pasientskadeloven*”, jf. apotl. § 1-6.

¹² Lødrup, 2009

¹³ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99)

Også skader som faller inn under virkeområdet til produktansvarsloven og smittevernloven, vil anses som pasientskader etter pasientskadeloven.

1.4 Fremstillingen videre

Jeg vil først gjøre rede for virkeområdet til pasientskadeloven. Den videre fremstillingen følger i vesentlig grad oppbyggingen til pasientskadeloven § 2 om ansvarsgrunnlag. Loven oppstiller et ansvar for svikt, herunder informasjonssvikt, teknisk svikt, smitte, infeksjon og vaksinasjon. Hva skadelidte med rimelighet kan forvente, er en del av ansvarsvurderingen ved alle ansvarsgrunnlag. Loven oppstiller også et ansvar for særlig stor eller uventet skade. Ansvar etter alminnelige erstatningsrettslige regler behandles sist siden ansvarsgrunnlaget skiller seg ut som en sekkebestemmelse.

2 Pasientskadelovens virkeområde

2.1 Lovens saklige avgrensning

Passkl. § 1 stiller opp vilkår for hvilke skader som omfattes av loven:

Denne loven gjelder skader som er voldt

- a) i institusjon under spesialisthelsetjenesten og kommunehelsetjenesten,*
- b) under ambulansetransport, eller*
- c) av helsepersonell som yter helsehjelp i henhold til offentlig autorisasjon eller lisens, personer som opptrer på vegne av disse, personer som har rett til å utøve yrke som helsepersonell midlertidig i Norge uten norsk autorisasjon, lisens eller spesialistgodkjenning eller andre personer som er fastsatt i forskrift.*

Slike skader regnes som pasientskader dersom de er voldt under veiledning, undersøkelse, diagnostisering, behandling, ekspedisjon av legemidler fra apotek, pleie, vaksinasjon, prøvetaking, analyse av prøver, røntgen, forebygging av helseskader, medisinsk forskningsvirksomhet samt donasjon av organer, blod og vev.

Det må for det første foreligge en skade. Skaden må videre være en ”pasientskade”.

De tre vilkårene i første ledd fremstår som alternative og vilkåret i annet ledd er kumulativt. Lovens virkeområde bør i henhold til lovgivernes hensikter dekke de områder hvor behovet for erstatningsvern er størst.¹⁴ Siden det er lite rettspraksis om tolkningen av passkl. § 1 kan det tyde på at behovet for pasientskadeansvar er dekket. Lovgiver tilsiktet å gi alle som kommer i kontakt med helsevesenet et gunstig erstatningsrettslig vern. Hvorfor pasienter skal vernes bedre mot skader enn andre er et rettspolitisk spørsmål som faller utenfor oppgaven. Lovens virkeområde bygger således på skadens tilknytning til helsevesenet.¹⁵

Lovens saklige virkeområde kan inndeles i skadested og skadevolder. ”*Pasientens skade faller utenfor loven bare dersom den verken er voldt på et skadested eller av en skadevolder som er nevnt i loven.*”¹⁶ Inndelingen i skadesituasjon og skadetype er en presisering av hvilke skadested og skadevoldere loven gjelder for.

2.1.1 Skadetype

Det er et vilkår for erstatning at det er voldt en ”skade”. ”Skade” skal forstås som i erstatningsretten ellers.¹⁷ Skadebegrepet omfatter både personskade, tingsskade og annen formuesskade. I helsevesenet vil personskadene dominere og det er personskader loven tar sikte på å erstatte. Personskader kan være både fysiske og psykiske. I forarbeidene er det presisert at ulovlig tvangsinnleggelse ikke omfattes av loven. ”*Er tvangsinnleggelsen foranlediget av en erstatningsbetingende feild diagnose, kan den imidlertid unntaksvis erstattes etter pasientskadeloven som følgeskade.*”¹⁸

¹⁴ NOU 1992: 6

¹⁵ Nygaard, 2000

¹⁶ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99) s. 43 høyre spalte – s. 44 venstre spalte

¹⁷ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99) s. 55 høyre spalte

¹⁸ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99) s. 90 venstre spalte

Tingskader vil falle utenfor, men det vil kunne oppstå vanskelige avgrensningstilfeller der det er voldt skade på proteser, gebiss, klær og smykker.¹⁹ En slik skade kan omfattes av loven, dersom den er blitt voldt i en behandlingssituasjon.

Det er ikke et krav at pasienten har vært syk eller skadet.²⁰ Det er heller ikke et krav at behandlingen har vært nødvendig eller medisinsk tilrådelig.²¹ Kosmetiske inngrep som fører til et dårlig kosmetisk resultat kan anses som en pasientskade, selv om det oppstår mange grensetilfeller. For eksempel kan skjemmende arr anses som en skade. I LB-2009-024949 fikk en kvinne svekket bukmuskulatur etter en brystrekonstruksjon slik at den ene siden av magen bulte litt mer ut enn den andre. De sakkyndige konkluderte med at det ikke forelå noe objektiv skade, men de subjektive plagene medførte en medisinsk invaliditet på 15 %. Det vil si at subjektive plager kan anses som en pasientskade. Her må det bemerkes at det fortsatt er et vilkår at skaden har ført til et økonomisk tap for skadelidte.

2.1.2 Skadested

Pasientskadeloven gjelder for skader voldt ” i institusjon under spesialisthelsetjenesten og kommunehelsetjenesten” og ”under ambulansetransport”, jf. passkl. § 1 første ledd bokstav a og b. Avgrensingen er ikke knyttet til institusjonstype, men til helsetjenestetilbudet i den til enhver tid gjeldende helselovgivning, jf. khl. § 1-3 annet ledd, sphsl. § 2-1a første ledd, phlsvl. § 1-2 første ledd. Her foreligger det både et behov for erstatningsvern og en tilknytning til helsevesenet. Det er ikke avgjørende om skadelidte er innlagt eller til stede på institusjonen ved skadens inntreden.²² ”Det avgjørende er om skaden er voldt - forårsaket - innenfor rammen av disse lovene...”²³ For eksempel kan telefonisk kontakt lede til ansvar.²⁴

¹⁹ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99)

²⁰ Lødrup, 2009

²¹ Lødrup, 2009

²² Nygaard, 2000

²³ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99) s. 44 venstre spalte

²⁴ Rasmussen, 2008

Dersom en skade skjer i en institusjon som ikke omfattes av helselovgivningen, for eksempel aldershjem, faller skaden utenfor pasientskadeloven. Departementet fant at erstatningsvernet for pasientskader i slike boformer er ivarettatt ved at loven omfatter skader voldt av helsepersonell som yter helsehjelp. Loven verner heller ikke skader som skjer i hjemmet, med mindre skaden er forårsaket av helsepersonell eller hjemmesykepleien.

Ansvar for ambulansetransport omfatter mer enn bare transport med ambulanse. ”Ambulansetransport” tolkes utvidende slik at ”så lenge det dreier seg om et tilbud fra det offentlige eller private helsevesenet”²⁵, vil enhver transport være omfattet av loven. Forarbeidene nevner ”drosje, rutefly og privatbil [som] benyttes til organisert pasienttransport i henhold til avtale med helsetjenesten.”²⁶ Privat transport faller... utenfor, selv i en hastesituasjon”²⁷ og ”selv om transporten skjer i samråd med helsepersonell.”²⁸ Når foreldre kjører syke barn til sykehus vil tilknytningen til helsevesenet mangle.

2.1.3 Skadevolder

Pasientskadeloven ”gjelder skader som er voldt... av helsepersonell som yter helsehjelp i henhold til offentlig autorisasjon eller lisens, personer som opptrer på vegne av disse, personer som har rett til å utøve yrke som helsepersonell midlertidig i Norge uten norsk autorisasjon, lisens eller spesialistgodkjenning eller andre personer som er fastsatt i forskrift”, jf. passkl. § 1 første ledd bokstav c.

I følge ordlyden oppstiller lovteksten to vilkår. Skaden må være voldt av ”helsepersonell” og mens denne ”yter helsehjelp”. Vilkårene krever med andre ord en tilknytning til helsevesenet. Det fremgår av forarbeidene at uttrykkene ”helsepersonell” og ”helsehjelp” skal samsvare med terminologien i helselovgivningen.²⁹ Loven gjelder både for de helseinstitusjonene som til enhver tid er en del av spesialist- eller

²⁵ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99) s. 89 venstre spalte

²⁶ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99) s. 44 høyre spalte

²⁷ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99) s. 89 venstre spalte

²⁸ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99) s. 44 høyre spalte

²⁹ Ot. Prp. Nr. 55 (1999-2000)

kommunehelsetjenesten og for de helsepersonell som til enhver tid omfattes av en offentlig godkjenningsordning.

Begrepet ”*helsepersonell*”, er definert i hlspl. § 3, jf. § 48 og § 49 som lister opp 27 ulike yrkesgrupper fra ambulansearbeider til reseptarfarmasøyt. ”*Med helsehjelp menes enhver handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende eller rehabiliterende mål og som utføres av helsepersonell*”, jf. hlspl. § 3 tredje ledd. Hva som anses som helsehjelp må ses i sammenheng med i hvilke skadesituasjoner pasientskader kan voldes.

Hva om helsepersonell yter helsehjelp uten gyldig autorisasjon? I slike tilfeller vil tilknytningen til helsevesenet mangle, men ikke behovet. I følge forarbeidene vil slike skadetilfeller falle innenfor loven selv om autorisasjonen er suspendert, men ikke når autorisasjonen er tilbakekalt eller når det aldri har foreligget.³⁰ Så lenge helsehjelpen ytes på en institusjon som omfattes av spesialist- eller kommunehelsetjenesten eller i samband med ambulansetransport, har det ingen betydning hvorvidt helsehjelpen ytes av helsepersonell med gyldig eller ugyldig autorisasjon.

Helsepersonell kan volde skade både på arbeid og i fritiden. Her vil skaden ha mindre tilknytning til helsevesenet. Helsehjelpen kan ytes frivillig eller etter lovpålagt handleplikt, jf. helsepersonelloven § 7. Det skal en del til før en leges spontane råd under en samtale anses som helsehjelp, men i utgangspunktet foreligger det en pasientskade også i slike tilfeller. Behovet for erstatningsansvar her kan diskuteres. Begrensningen av ansvaret skjer ved vurderingen av ansvarsgrunnlaget. I motsetning til pasientskadeloven omfatter ikke arbeidsgiveransvaret i skl. § 2-1 ansvar for skader ansatte volder i fritiden.

Loven gjelder også for ”*personer som opptrer på vegne av helsepersonell*”. Etter forarbeidene skal det avgjørende i tvilstilfeller være ”*om helsepersonell... har arbeidsgiveransvar eller instruksjonsmyndighet over vedkommende, og om vedkommende i den aktuelle situasjonen har en hjelperrolle for vedkommende*”

³⁰ Ot. Prp. Nr. 55 (1999-2000)

helsepersonell.”³¹ For eksempel kan skade skje ved at en instruks fra en lege ikke følges korrekt av sekretæren til legen. I motsetning til arbeidsgiveransvaret i skl. § 2-1 innebærer pasientskadeloven ansvar for flere enn de som regnes som ansatte.

2.1.4 Skadesituasjon

”Slike skader regnes som pasientskader dersom de er voldt under veiledning, undersøkelse, diagnostisering, behandling, ekspedisjon av legemidler fra apotek, pleie, vaksinasjon, prøvetaking, analyse av prøver, røntgen, forebygging av helseskader, medisinsk forsøksvirksomhet samt donasjon av organer, blod og vev.”, jf. passkl. § 1 annet ledd.

På grunn av at ordlyden er så vid, må både behovet for vern og tilknytningen til helsevesenet innskrenke virkeområdet. En pasientskade skjer som regel i en typisk behandlingssituasjon. I Rt. 2010 s. 78 konkluderte retten med at også et administrativt vedtak som gir et behandlingstilbud foran et annet, anses som en skade voldt ved behandling. Bestemmelsen skal dermed omfatte behandlingssituasjoner i svært vid forstand.

Loven skal ikke omfatte skader som ikke har noe med pasientrollen å gjøre, som for eksempel taksten som faller ned fra sykehusbygningen, eller en lege som kjører på en person under utrykning.³² Når pasienten beveger seg fra sykehussengen til toalettet eller bedriver gåtreening i sykehuskorridoren, vil pasienten være i en pleietrengende situasjon der en eventuell skade vil kunne anses som en pasientskade.³³

Oppregningen favner videre enn definisjonen av helsehjelp i hlspl. § 3 tredje ledd og er ment å være uttømmende. Uttrykket *”pasientskade”* er avgrenset til oppregningen, men uttrykket kan også brukes som en overordnet rettesnor ved tolkningen av de ulike skadesituasjonene.³⁴ Det vil si at det avgjørende blir hvorvidt en skade bør anses som en *”pasientskade”*.

³¹ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99) s. 48 venstre spalte

³² Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99)

³³ Jørstad, 2004

³⁴ Nygaard, 2000

2.1.5 Skadelidte

”Pasienten og andre som har lidt tap på grunn av pasientskade, har krav på erstatning” jf. passkl. § 2 første ledd. Pasrl. § 1-3 bokstav a definerer begrepet ”pasient” som ”en person som henvender seg til helsetjenesten med anmodning om helsehjelp, eller som helsetjenesten gir eller tilbyr helsehjelp i det enkelte tilfelle”.

Lovens ordlyd omfatter både de som har etablert individuell kontakt med helsevesenet og andre som lider tap som følge av en pasientskade. I henhold til forarbeidene til pasientrettighetsloven skal det avgjørende være om det er etablert en kontakt som er begrunnet i et (antatt) behov for helsehjelp. *”En person blir bare pasient i lovens forstand dersom kontakten etableres på individuell basis. Personer som mottar informasjonsmateriell med oppfordring om å ta kontakt med det lokale helsevesen blir av den grunn ikke pasienter i lovens forstand.”*³⁵ Behovet for erstatningsvern er større i en individuell behandlingssituasjon.

Det må foreligge en pasientskade, men det er ikke et vilkår at andre som lider tap er blitt skadet. Begrensningene i kravet til årsakssammenheng vil begrense den personkretsen som kan kreve erstatning etter loven.³⁶

2.2 Lovens stedlige avgresning

”Loven gjelder skade som voldes i riket med Svalbard. Loven gjelder også skade ved helsetjenester som mottas i utlandet i medhold av pasientrettighetsloven § 2-1 fjerde eller femte ledd eller etter annet oppdrag fra norske myndigheter, og som det offentlige helt eller delvis bekoster, herunder behandlingsreiser.”, jf. passkl. § 19. Loven gjelder med dette både helsetjenester i Norge og nødvendig helsehjelp i utlandet i det offentlige regi. Det vil si at dersom en pasient blir skadet under behandling i utlandet, kan han eller hun legge frem et erstatningskrav for NPE.

³⁵ NOU 1992: 8 s. 81 høyre spalte

³⁶ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99)

”skade som voldes” i passkl. § 19 skal forstås på samme måte som ”skaden skyldes” i passkl. § 1. Som nevnt ovenfor behøver ikke skaden å inntreffe mens personen oppholder seg på en helseinstitusjon.

2.3 Lovens avgresning i tid

”Loven gjelder for skader som er voldt etter lovens ikrafttredelse for henholdsvis offentlig og privat helsetjeneste.”, jf. passkl. § 21 første ledd første pkt. ”Eldre skader behandles etter loven her, men slik at erstatningskravet avgjøres etter...” den midlertidige ordningen for henholdsvis somatisk eller psykiatrisk sykehus/poliklinikk eller kommunelegetjenesten/kommunal legevakt, den tidligere smittevernloven og etter alminnelig erstatningsrett. Med andre ord behandles eldre krav i henhold til de prosessuelle regler i pasientskadeloven, men ikke etter de materielle regler.

3 Ansvar for svikt

”Pasienten og andre som har lidt tap på grunn av pasientskade, har krav på erstatning når skaden skyldes... svikt ved ytelsen av helsehjelp, selv om ingen kan lastes,”, jf. passkl. § 2 første ledd bokstav a.

En naturlig språklig forståelse av ”svikt” innebærer at det er skjedd noe som ikke skulle ha skjedd. Det presiseres i lovteksten at ansvaret gjelder ”selv om ingen kan lastes”. Svikten må skje ”ved ytelsen av helsehjelp” som igjen understreker tilknytningen til behandlingssituasjonen. Hva som er helsehjelp er drøftet nærmere ovenfor. Om det skal være sammenheng i loven, er det definisjonen av helsehjelp i pasientskadeloven og ikke helsepersonelloven som loven viser til.

Utvalget foreslo at lovteksten skulle inneholde uttrykket ”feil eller svikt” som skal forstås omtrent på samme måte som ”inadekvat”. Det opprinnelige lovutkastet omfattet ”svikt eller feil ved ytelsen av helsehjelp”.³⁷ ”Feil” er et negativt ladet ord. En naturlig forståelse av ”feil” innebærer at noen kan bebreides. Under behandling i justiskomiteen

³⁷ NOU 1992: 6. Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99)

ble ordet ”feil” stryket fra lovteksten for å markere at terskelen for hvilke handlinger som skal utløse ansvar, skal være lavere enn i den alminnelige erstatningsrett.

*”Komiteen vil understreke at det er skaden og skaderesultatet som skal være avgjørende for om pasienten får erstatning, ikke om det kan påvises at enkeltpersoner har gjort feil eller utvist uaktsomhet...”*³⁸ Komiteens uttalelse om at skaderesultatet er avgjørende

står i motstrid til ordlyden ”svikt”. Medisin er ingen eksakt vitenskap, noe som betyr at feiling er uunngåelig.³⁹ Et resultatansvar er medisinsk umulig. Etter departementets forslag er ikke skader som ikke lar se forebygge, erstatningsbetingende.⁴⁰

Pasientskadeloven kan ikke garantere helbredelse når det forekommer skader som er uunngåelige, for eksempel som følge av anatomiske avvik hos den aktuelle pasient.⁴¹

Skaderesultatet er ikke avgjørende i rettspraksis. I PSN-2010-160 uttalte nemnda at *”Det er behandlingen, ikke sluttresultatet, som er gjenstand for vurdering.”* Gjeldende rett er at ansvaret i pasientskadeloven er objektivisert, ikke objektivt.

Selv om ”feil” ble tatt ut av lovteksten, gjelder uttalelsen om at ”svikt” ligger nært begrepet inadekvat.⁴² I LF-2010-149413 som gjaldt infeksjon hos et spedbarn, uttalte retten at ”svikt” skal *”forstås slik at dersom det er gitt adekvat helsehjelp, foreligger det ikke svikt ved ytelsen. Det kan ikke kreves at helsehjelpen har vært optimal.”*

I henhold til forarbeidene bør pasientskadelovens regler om ansvarsgrunnlag være omtrent like strenge som etter de midlertidige reglene.⁴³ Administrativ praksis og rettspraksis etter den midlertidige ordningen vil være relevant ved tolkningen av pasientskadeloven. Eksempelvis uttales det i LB-2009-063385 at *”Pasientskadeloven innebar ingen materielle endringer i ansvaret, selv om det er benyttet noe andre uttrykk i pasientskadeloven i forhold til de midlertidige reglene.”*

³⁸ Innst. O. nr. 68 (2000-2001) s. 10 venstre spalte

³⁹ Førde, 2002

⁴⁰ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99)

⁴¹ Jørstad, 2004

⁴² Lødrup, 2009

⁴³ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99)

”Svikt” skal fange opp de tilfeller som tilsvarer det vi kjenner fra arbeidsgiveransvaret under stikkordene anonyme og kumulative feil.⁴⁴ En sum av mindre hendelser ved forskjellige sykehus eller på forskjellige avdelinger, kan føre til en pasientskade. For eksempel ble det i LG-2010-070595 anført at uriktig og forsinket kreftdiagnose, mangelfull informasjon og forsinket behandling medførte, enten hver for seg eller samlet, en svikt ved ytelsen av helsehjelp. Anonyme og kumulative feil er typisk for helsevesenet og gjør derfor sviktregelen til et relevant ansvarsgrunnlag på helserettens område.⁴⁵ Rettspraksis om arbeidsgiveransvaret er derfor relevant ved tolkningen av ”svikt”. Ansvar etter pasientskadeloven omfatter på samme måte som arbeidsgiveransvaret skadevoldere som ikke kan identifiseres.

I forarbeidene betegnes ansvaret for ”svikt” som et utvidet uaktsomhetsansvar. Det objektive kravet om at en norm må være overtrådt, er beholdt. Det subjektive kravet om at en skadevolder må være å bebreide for overtredelsen, er tatt bort. Dette er fulgt opp i rettspraksis. LB-2009-063385 gjaldt et krav om erstatning for feil diagnose. En mann oppsøkte legevakten og ble sendt hjem med medikamenter mot influensa. Morgen etter ble han innlagt på sykehuset med pneumokokkinfeksjon og nyresvikt og måtte amputere åtte fingre og begge bena under knærne. Retten uttalte at: *”Selv om det er et objektivisert ansvar, kreves at det foreligger noe irregulært. Legens vurderinger skal bedømmes ut fra de informasjonen som var tilgjengelig da diagnosen ble stilt, og normen er vanlig god praksis på det aktuelle legenivå. Konkret fører dette til at det må konstateres at behandlende lege handlet objektivt feil ut fra de foreliggende opplysninger, eller med andre ord at han burde ha handlet annerledes.”*

I henhold til forarbeidene skal vurderingen foretas på samme måte som etter uaktsomhetsregelen, men subjektive unnskyldningsgrunner hos skadevolder skal ikke kunne fritta for ansvar.⁴⁶ ”Svikt ved ytelsen av helsehjelp” beror med dette på en aktsomhetsvurdering. Hva som er vanlig god praksis, handlingens skadeevne og hvorvidt det forelå en alternativ handlemåte er momenter i vurderingen.

⁴⁴ Nygaard, 2000

⁴⁵ Jørstad, 2004

⁴⁶ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99)

3.1 Vanlig god praksis

I henhold til forarbeidene til pasientskadeloven, skal man fortsatt se hen til hva som anses som vanlig god praksis for vedkommende yrkesgruppe.⁴⁷ Hva som er vanlig god praksis er synonymt med adekvat praksis. Det er hva som ble ansett som vanlig god praksis på skadetidspunktet som skal legges til grunn.

LB-2009-063385 gjaldt en kvinne som utviklet en sjelden hjerneskade under korrigering av et farlig lavt natriumnivå i blodet. Retten uttalte at det ikke er *”tale om en vurdering av forsvarligheten eller aktsomheten hos de personer som har behandlet A, eller hos sykehuset som sådant, men derimot en vurdering av om behandlingen i seg selv kan anses adekvat. Dette er en annen og strengere vurdering.”* Behandlingen må tilfredsstillende kravene til vanlig god praksis.

I Rt. 1960 s. 1235 (Tuberkulosesmitte- dommen II) forelå det ikke uaktsomhetsansvar for lungetuberkulose- smitte under militærtjeneste: *”Selv om det etterpå har vist seg at det hadde vært ønskelig at Gaupen hadde vært isolert, og at det hadde vært tatt spyttprøver, noe som muligens tidligere ville ha vist at han var tuberkuløs, kan det ikke bebreides de militære myndigheter som ansvarsbetingende uaktsomhet at det ikke er blitt gjort. Behandlingen har etter hva jeg på grunnlag av de foreliggende opplysninger må gå ut fra, svart til hva som den gang var ansett for fullt forsvarlig legebehandling.”* Dommen illustrerer at vanlig god praksis er en vurdering som ikke kan være løst fra skadelidtes rimelige forventninger til virksomheten og ressursituasjonen. I LB-2009-063385 uttalte retten om vurderingen: *”Det er likevel tale om en vurdering på grunnlag av det utstyr og de ressurser som til enhver tid er tilgjengelig innenfor rammen av de gitte bevilgningene.”*

Vanlig god praksis er praksis som er i tråd med gjeldende medisinsk faglige retningslinjer og prinsipper på behandlingstiden. I PSN-2010-160 fikk ikke skadelidte erstatning for sterke smerter og nedsatt førlighet i venstre ben etter en ryggoperasjon. Begrunnelsen var at operasjonene ble utført i henhold til gjeldende medisinske retningslinjer.

⁴⁷ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99) s. 64

3.1.1 Normer gitt ved lov eller forskrift

Helselovgivningen har betydning for hva som anses som vanlig god praksis. Men brudd på lover og forskrifter er ikke ansvarsbetingende med mindre bestemmelsene søker å forhindre pasientskader og gir en plikt til å handle annerledes slik at en handling i samsvar med bestemmelsene ville ha forhindret skaden.⁴⁸ I utvalgets forslag antas det at slike lover og forskrifter ikke vil få stor betydning ved aktsomhetsvurderingen siden det er få av dem som direkte regulerer pasientbehandling. Hvis argumentet om at helserettslig lovgivning ikke har betydning ved aktsomhetsvurderingen er begrunnet i mangelen på lovgivning, kan ikke argumentet ha vekt i dag når helsevesenets virksomhet er velregulert. Det bør legges betydelig vekt på regler der lovgiver har tatt stilling til hva som kreves av helsepersonell på et konkret område. For eksempel er formålet med reglene om øyeblikkelig hjelp i pasrl. § 2-1 å forhindre skade. Men også reglene om rett til nødvendige allmennhelsetjenester og spesialisthelsetjenester, rett til informasjon og innsyn i sykejournaler, reglene om helsearbeidernes taushetsplikt og journalføringsplikt, og reglene om informert samtykke vil ha betydning ved vurderingen av erstatningsansvar.⁴⁹

Helsepersonelloven, pasientrettighetsloven, spesialisthelsetjenesteloven, kommunehelsetjenesteloven – alle med tilknyttede forskrifter – og etiske retningslinjer for ulike grupper av helsepersonell, er med på å sette en standard for ytelse av helsehjelp. *”Helsepersonell skal utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes ut fra helsepersonellens kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig”*, jf. hlspl. § 4 første ledd. Enhver handling som helsepersonell utfører, skal vurderes opp mot forsvarlighetsstandarden. Brudd på regler i helsepersonelloven kan føre til administrative reaksjoner og straff, men er også av betydning for hva som anses som vanlig god praksis.

Etiske retningslinjer kan få betydning ved vurderingen av faglig forsvarlighet. Det er for eksempel nedfelt regler om legens plikt til å handle faglig forsvarlig i etiske regler for

⁴⁸ NOU 1992: 6

⁴⁹ Kjønstad, 2005

leger § 9. Yrkesforeninger kan nedtegne og vedta yrkesetiske regler for den aktuelle yrkesgruppen som for eksempel Den Norske Lægeforening har gjort. Mange yrkesforeninger har opprettet komiteer for håndtering av klager på medlemmer. Overtredelse av slike etiske regler og praksis fra slike komiteer, vil ha betydning ved vurderingen av erstatningsansvar.⁵⁰ Men etiske retningslinjer er som regel så generelt utformet, at de ikke gir veiledning med hensyn til hvordan skadevolder skulle ha handlet i en konkret situasjon.⁵¹

Handlinger i strid med de rettigheter lovgivning om helsetjenester gir, har stor betydning i vurderingen av hva som anses som vanlig god praksis. Et eksempel er PSN-2009-645 som gjaldt overskridelse av prioriteringsforskriften av 1. desember 2000 nr. 1208 i form av manglende informasjon og behandlingstilbud til en sykkelig overvektig mann. Mannen hadde krav på operasjonen innen en angitt frist. Når denne operasjonen ikke ble utført innen fristen, forelå det en ”*svikt ved ytelsen av helsehjelp*”.

3.2 Skadeevne

Skadepotensialet i helsesektoren er stort både på grunn av helsesektorens omfang og fordi medisin som nevnt ikke er ufeilbarlig. Selve sykdommens eller skaden kan også være av en slik karakter at det medfører et stort skadepotensiale.

Faren for alvorlig skade eller risikofylt behandling, skjerper kravet til aktsomhet, jf. for eksempel Rt. 1989 s. 674 (Struma- dommen). Saken gjaldt en strumaoperasjon der stemmebåndsnervene hadde blitt skadet. Vanlig god praksis innebar at nervene ble identifisert og kontinuerlig observert under operasjonens forløp, noe som ikke hadde blitt gjort her. I LE-2009-191990 ble det pekt på at det innebar en stor risiko for skade å feiltolke en infeksjon som influensa. En mann kom inn til legevakten med symptomer på influensa. På grunn av at feil diagnose kunne få fatale følger, var det erstatningsbetingende at mannen ikke fikk riktig behandling med en gang.

⁵⁰ Kjønstad, 2005

⁵¹ Brunsvig, 1983

Rt. 2005 s. 1050 gjaldt kommunens ansvar for organisering av jordmortjenesten og ansvar for en jordmors uaktsomme handlinger. En kvinne hadde tilkalt jordmoren som kom på hjemmebesøk og dro igjen etter å ha konstatert at fødselen ikke var i gang. Dagen etter ble kvinnen fraktet til sykehuset og fikk et barn ved keisersnitt. På grunn av svangerskapsforgiftning hadde barnet cerebral parese og epilepsi. Kvinnen anførte at jordmødre er underlagt et strengt profesjonsansvar. Retten valgte ikke å ta stilling til dette, men uttalte at når det er fare for alvorlig skade eller død, må det gjelde en streng norm. Kommunen ble enstemmig frifunnet. Førstvoterende oppstiller i utgangspunktet et strengt profesjonsansvar. Dommen illustrerer at ansvaret må vurderes i forhold til de konkrete oppgavene helsepersonell står overfor og i hvilken sammenheng oppgaven inngår.

Det kan ikke forventes at pasienter foretar seg noe for å redusere skaderisikoen. På den annen side kan pasienten bevisst ha forøket skaderisikoen ved for eksempel ikke å følge råd som er gitt. Dette får først og fremst betydning ved vurdering av skadelidtes medvirkning til skaden, men også ved vurdering av grunnlaget for ansvar.⁵² Pasienten kan komme til å villedes eller forsinke helsepersonell ved fortlielser eller simulering.⁵³

Dersom handlingene til helsepersonell setter i gang et hendelsesforløp med risiko for skade, oppstår det en plikt til å avverge utslag av skaderisikoen. I Rt. 1951 s. 950 førte legens handlinger til at han burde ha utvist større forsiktighet. En gutt ble behandlet hjemme av en landsbylege for benbrudd og utviklet koldbrann i benet. Når legen valgte behandling i hjemmet skulle han ha utvist særlig aktsomhet. Retten støttet seg til de sakkyndiges vurdering om at gipsen ble lagt under lite betryggende forhold. Ved at gipsen ble lagt så tidlig oppstod det en fare for nedsatt følsomhet og trykksår slik at legen burde ha foretatt hyppige kontroller og ikke overlatt ansvaret til de pårørende. I det han oppdaget de oppståtte komplikasjoner, hadde legen en plikt til å sende gutten på sykehus eller sørge for legetilsyn mens han var på ferie. Legens vanskelige arbeidsforhold hadde ikke noe å si når sykehuset var i nærheten.

⁵² Brunsvig, 1983

⁵³ Brunsvig, 1983

Rt. 1962 s. 994 gjaldt en operasjon av en kul under høyre øre. Etter operasjonen viste det seg at ansiktsnerven var blitt skadet slik at høyre side av ansiktet ble lammet. Retten tilkjente skadelidte erstatning. Begrunnelsen var at skadeevnen hadde vært mindre dersom overlegen hadde blitt tilkalt, selv om det ikke var noe grunn til å anta at den opererende lege ikke gjorde sitt beste.

3.2.1 Påregnelig skadeevne

For at stor skadeevne skal kunne skjerpe kravene til aktsomhet, må skadeevnen være påregnelig. Med andre ord må skadevolder ha mulighet til å innse handlingens skadeevne og hans faktiske muligheter til å forebygge eller forhindre skaden.

I RG 1980 s. 848 ble en gravid kvinne innlagt på sykehuset på grunn av blant annet kraftige blødninger. Alle ytre symptomer indikerte abort eller nært forestående abort som ikke kunne unngås. Det ble foretatt utskrapning av livmoren med den følge at barnet ble født med betydelige skader. Det ble ikke tilkjent erstatning når det ikke forelå noe mulighet for å innse skadeevnen til handlingen.

Påregnelighetsvurderingen må ta i betraktning forholdene ved den konkrete pasienten og omstendighetene omkring arbeidsforholdene til helsepersonell. Både sannsynligheten for skade og skadens omfang er en del av påregnelighetsvurderingen. Det foreligger ofte erfaringer og statistikk over hvor mange skader en bestemt risiko har ført til.

Rt. 1994 s. 588 gjaldt en lege som kalt til hjemmebesøk til en familie der den voksne sønnen hadde hoppet ut av et vindu. Legen satt en sprøyte med et beroligende middel, men etter at han hadde dratt, skadet mannen seg selv med en kniv. Høyesterett fant det ikke uaktsomt å forlate stedet før det var klart at medikasjonen fikk den tilsiktede virkning ”Sentralt ved vurderingen av [legens] opptreden er for det første hva han visste eller burde vite eller forstå om den alvorlige psykiske tilstand [pasienten] befant seg i” Det sentrale i saksforholdet var at legen feilvurderte risikoen for skade. Retten frifant legen siden han ikke kunne bebreides. Pasientskadeloven krever ikke subjektiv bebreidelse slik at resultatet i dag ville blitt erstatningsansvar. Det forelå en skadeevne som objektivt sett var påregnelig.

I Rt. 2005 s. 1050, som er nevnt ovenfor, fant ikke retten det bevist at kvinnen hadde fremlagt slike symptomer at jordmoren burde ha fattet mistanke om svangerskapsforgiftning. Derfor ville ikke de anførte forebyggende forholdsregler ha avverget skaden. Skadeevnen var med andre ord ikke påregnelig.

3.3 Alternativ handlemåte

For at en handling skal kunne karakteriseres som ”svikt”, må det ha foreligget et handlingsalternativ. Handlingsalternativet må ha vært reell i den konkrete situasjonen. Videre må handlingsalternativet kunne ha avverget eller forminsket skaden, noe som blir et spørsmål om årsakssammenheng.

Problemstillingen blir om skadevolder kunne ha handlet annerledes i den konkrete situasjonen og dermed unngått skaden. I teorien fremheves at denne problemstillingen er nesten alltid oppe i en erstatningssak mot en lege.⁵⁴

Det må stilles spørsmål ved om skadevolder enkelt kunne hindre skaden. Videre må det stilles spørsmål ved om det ville medført ubetydelige kostnader eller om det var umulig eller nesten umulig å hindre skaden. Dette innebærer at spørsmålet om alternativ handlemåte kan ikke være løsrevet fra ressursituasjonen.

Rt. 1963 s. 161 (Pantocain- dommen) gjaldt en marinelege som behandlet en løytnant ved å legge en tablett på øyet hans i stedet for å løse tablett opp i vann. Flertallet fant at legen kunne ikke bebreides for skaden når innholdet i sanitetsesken var noe annet enn i følge påtegningen på esken. Mindretallet la derimot avgjørende vekt på at skaden kunne enkelt ha vært avverget ved en undersøkelse av om påtegningen på esken stemte med innholdet av medikamenter. Resultatet i dag ville ha blitt ansvar. En skade som følge av feil innpakning vil betegnes som svikt i pasientskadelovens forstand.

Det fremgikk av de sakkyndiges uttalelser i Rt. 1951 s. 950 at det var en mulighet for at dersom gutten med benbruddet hadde kommet på sykehus tidligere, kunne skaden som

⁵⁴ Kjønstad, 2005

følge av koldbranninfeksjon vært mindre. Den alternative handlemåten kunne avverget skaden slik at resultatet ble erstatningsansvar.

Faglige kvalifikasjoner, sykdommens art og alvor og hvilke muligheter det var for å sørge for mer kvalifisert behandling, vil være sentrale momenter i vurderingen.⁵⁵

Normalt vil en spesialist ha større muligheter for å hindre skade enn en allmennlege.⁵⁶

Hvorvidt annen behandling vil være mer kvalifisert, må vurderes konkret. I noen tilfeller spiller tidsmomentet en viktig rolle slik at rask handling fra mindre kvalifisert helsepersonell vil være mer forsvarlig enn en henvisning til kvalifisert helsepersonell.

Arbeids- og tidspress kan tillegges vekt forutsatt at det ikke er påregnelig. Arbeidspress ble tillagt betydning i Rt. 1980 s. 1299 (Nerveskade-dommen). Under en underlivsoperasjon ble ulnarisnerven påført skade. Personalet kunne ikke bebreides for skadens inntreden. Under operasjonen hadde sykepleieren andre viktigere oppgaver enn å føre tilsyn med armens leie. Mangel på arbeidspress har betydning i motsatt retning. I Rt 1962 s. 994 var argumentet mot ansvar blant annet at operasjonen ble foretatt uten tidspress. Saken gjaldt en gutt som ble påført skade på ansiktsnerven under en operasjon foretatt av en lege uten erfaring. Det forelå ingen hastesituasjon slik at legen kunne ha tilkalt overlegen.

Ved valg av behandlingsmetode skal det noe særskilt til for at anvendelse av ett av de alternative metoder anses som uforsvarlig, jf. Rt. 2008 s. 218. Saken gjaldt stråleskader etter behandling av en meget farlig kreftform. Spørsmålet var om anvendelsen av den aktuelle protokollen (behandlingsopplegget) var adekvat. *”Retten skal ikke etter en faglig vurdering i ettertid, ta stilling til hvilken protokoll som samlet sett ville gitt A den beste behandling. Spørsmålet er om den valgte behandlingsmåte var adekvat, slik dette uttrykket forstås i de midlertidige reglene om pasientskadeserstatning... Det vil ofte på faglig grunnlag være ulike oppfatninger om den løpende behandling av en pasient. På bakgrunn av de forklaringer som sykehuset har gitt og den rettsoppnevnte sakkyndiges*

⁵⁵ Brunsvig, 1983

⁵⁶ Brunsvig, 1983

erklæring, kan jeg ikke se det annerledes enn at behandlingen i dette tilfellet har vært gjennomført på en adekvat måte.”

I LG-2009-175352 pekte lagmannsretten på at helsepersonell vil ofte *”stå overfor valget mellom flere behandlingsalternativer, som alle kan være adekvate behandlingsformer, selv om det vil kunne være ulike oppfatninger blant medisinske eksperter om hvilken behandling som burde vært iverksatt og hvordan behandlingen mer konkret burde vært gjennomført.”* Medikamentell igangsetting av fødsel i stedet for keisersnitt ble ikke ansett som svikt ved helsehjelpen.

I LB-2009-063385 ble det stilt spørsmål ved om korreksjonen av natriumnivået i blodet på en pasient var adekvat. Retten uttalte at det ikke var sannsynliggjort at en langsom korreksjonstakt av natriumnivået, ville ha ført til et annet resultat. *”Og selv om en mer langsom korreksjonstakt i ettertid kunne tenkes å ha ført til et annet resultat, er dette ikke tilstrekkelig til at behandlingen ikke kan anses adekvat...”* Dommen illustrerer at spørsmålet om alternativ handlemåte er et moment i helhetsvurderingen.

3.4 Sakkyndige vurderinger

Hva som anses som *”svikt ved ytelsen av helsehjelp”* er i første rekke et juridisk og ikke et medisinsk spørsmål, men oppfatningen hos de sakkyndige er av stor betydning. På erstatningsrettens område, vil jurister i stor grad være avhengig av sakkyndige vurderinger.⁵⁷

Domstolen er ikke bundet av de sakkyndiges uttalelser, men vil sjelden pålegge erstatningsansvar der de sakkyndige har vurdert en handlemåte som forsvarlig. Domstolen mangler den medisinske fagkunnskap til å avgjøre hva som er en medisinskfaglig forsvarlig fremgangsmåte. Om valget mellom medikamentell igangsetting av fødsel og keisersnitt i LG-2009-175352, uttalte lagmannsretten at retten *”må støtte seg til utredninger og vurderinger foretatt av de medisinsk kyndige i saken.”*

Det finnes likevel eksempler på at domstolen har sensurert de sakkyndiges vurderinger. Når retten sensurerer en sakkyndig vurdering, legger retten til grunn at det som i følge

⁵⁷ Ness, 2006

sakkyndige er vanlig praksis, ikke tilfredsstillende det nødvendige aktsomhetsnivå.⁵⁸ Tilfellet kan være at de sakkyndige anvender en annen aktsomhetsnorm enn den juridiske.

Det knytter seg mange utfordringer til bruk av sakkyndige. Som nevnt ble ingen lege erstatningsansvarlig i den første halvdel av 1900-tallet.⁵⁹ Det antas at det hadde sammenheng med de sakkyndiges vurderingene som i dag er blitt mer objektive, saklige og nøkterne. Hvilken vekt sakkyndiges vurderinger skal ha, er en del av bevisvurderingen. For eksempel er det grunn til å legge mindre vekt på sakkyndiges uttalelser der de sakkyndige ikke er enige om hva som er en forsvarlig fremgangsmåte.

3.5 Særlig om informasjonssvikt

Ovenfor fremgår det at både medisinske og administrative feil kan føre til en pasientskade.

Lovens ordlyd nevner ikke informasjonssvikt, men det er sikker rett at informasjonssvikt er et selvstendig ansvarsgrunnlag. I LB-2009-192317, som gjaldt ryggmargskader etter en ryggoperasjon, uttalte retten at ”... *brudd på behandlingsinstitusjonens informasjonsplikt omfattes av alternativet ’svikt ved ytelsen av helsehjelp’ ...*”. I PSN-2009-1007, som gjaldt anført fjerning av livmor uten samtykke, uttalte nemnda at: ”*Begrepet svikt i loven § 2 første ledd bokstav a gjelder også informasjonssvikt.*”

Helsehjelp kan ikke ytes uten at det foreligger et informert samtykke, jf. pasrl. kap. 3 og 4. Det fremgår av forarbeidene til pasientskadeloven at det er ”*forbudt og erstatningsbetingende å behandle pasienter uten nødvendig samtykke.*”⁶⁰ Selv om helsehjelpen isolert sett anses som forsvarlig, kan krenkelse av samtykkekravet innebære en erstatningsbetingende svikt.⁶¹

⁵⁸ Brunsvig, 1983

⁵⁹ Kjønsstad, 2005

⁶⁰ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99) s. 11 høyre spalte

⁶¹ Aasen, 2002

Samtykke kan gis enten uttrykkelig eller stilltiende og må i alle tilfeller være et informert samtykke. I LB-2010-005844 uttalte retten at ”*Informasjonen må gis på en slik måte at pasienten kan treffe et informert valg*” og viser til pasrl. § 3-2. Sykehuset ble ikke erstatningsansvarlig når kvinnen hadde fått tilstrekkelig informasjon om risiki da hun ble innvilget permisjon fra sykehuset. Pasientrettighetsloven nevner ikke hypotetisk samtykke fordi det ikke er tilstrekkelig å anta at pasienten hadde samtykket.⁶²

Etter vedtakelsen av pasientrettighetsloven og helsepersonelloven som lovfestet henholdsvis retten til å få og plikten til å gi informasjon, har det vært hevdet i teorien at selve informasjonssvikten er erstatningsbetingende.⁶³ Lovens ordlyd sier ikke mer enn at skaden må ”*skyldes*” svikt ved helsehjelp. I forarbeidene presiseres det at ”*I formuleringen ligger en henvisning til alminnelige rettslige prinsipper om årsakssammenheng.*”⁶⁴ Informasjonssvikt kan ikke i seg selv forårsake skade. Informasjonssvikten må skje i samvirke med for eksempel et medisinsk inngrep, medikamentell behandling mv. I forarbeidene til pasientskadeloven uttales det at ”... *ofte vil en nok anta at siden det dreier seg om en operasjon legen mente burde vært utført, så ville pasienten samtykket om vedkommende var blitt spurt. I så fall har ikke det manglende samtykket forårsaket skaden, og erstatning kan ikke kreves.*”⁶⁵ Det må dermed foretas en hypotetisk vurdering av hva pasienten ville ha gjort dersom han eller hun ble forelagt tilstrekkelig informasjon.

Det foreligger motstrid mellom årsaksprinsippet og autonomiprinsippet. Det vil si at selv om helsehjelp ikke kan ytes basert på en antagelse om at pasienten ville ha samtykket, foretas det en hypotetisk vurdering av om pasienten ville ha samtykket. Dette gir dårlig harmoni i rettssystemet. Det antas at det må som den store hovedregel være erstatningsbetingende å gjennomføre en operasjon eller et behandlingstiltak når det ikke foreligger et informert samtykke.⁶⁶ Standpunktet har møtt kritikk siden det

⁶² Kjønstad, 2005

⁶³ Nygaard, 2000. Rasmussen, 2008. Kjønstad, 2005. Aasen, 2002. Reiersen, 2004

⁶⁴ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99) s. 90 venstre spalte

⁶⁵ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99) s. 13 høyre spalte

⁶⁶ Kjønstad, 2005

ikke fremgår av forarbeidene til pasientskadeloven at kravet til årsakssammenheng skal settes til side.⁶⁷ Men en slik løsning ville bedre fremmet lovens formål om å styrke pasienters rettsstilling. Videre vil en slik regel styrke den skadeforebyggende virkningen ved å legge mer press på helsepersonell til å oppfylle plikten til å gi informasjon og innhente et gyldig samtykke. Dersom dette var lovgivernes intensjon, ville forarbeidene drøftet hensiktsmessigheten, herunder kostnadsøkningen dette ville medføre for NPE. På den annen side kan lovgiverne ha oversett problemstillingen. I rettspraksis konkluderes det ofte med at pasienten ville likevel ha gjennomført behandlingen dersom han eller hun hadde fått tilstrekkelig informasjon. Det foretas en konkret vurdering der blant annet pasientens tilstand før inngrepet tas i betraktning.

Rt. 1993 s. 1169 (Nervesvulst- dommen) gjaldt et krav om erstatning for påberopt informasjonssvikt. Operasjonen tok sikte på å fjerne en godartet lungesvulst som viste seg å være en nervesvulst. Det oppstår vanskelige spørsmål når det gjelder hvilken informasjon pasienten skal få om skadefølger som ikke er overveiende sannsynlige. ”Det avgjørende må være om ansvar for uaktsomhet er på sin plass ut fra forholdene slik de forelå da opplysningene ble gitt.” Retten la vekt på at diagnosen ikke ble fremstilt som sikker, risikoen var neppe betydelig og omfanget av skaden hadde en sammenheng med svulstens uvanlige beliggenhet. Det var heller ikke uforsvarlig ikke å avbryte operasjonen for å innhente samtykke til å fjerne nervesvulsten. Avgjørelsen er fulgt opp i Rt. 1998 s. 1538 (Cauda aquina- dommen). En mann ble skadet i en ulykke og senere operert for isjiassmerter. Etter operasjonen var isjiassmertene dempet, men han fikk sterke smerter i underlivet og problemer med urinfunksjonen og seksualfunksjonen. Høyesterett avgjorde saken under dissens (3-2). Retten fant at det forelå en informasjonssvikt når pasienten ikke fikk informasjon om risikoen for skade ved operasjonen. Problemstillingen ble da hypotetisk: Hva ville pasienten gjort om han hadde fått tilstrekkelig informasjon? Det måtte foreligge årsakssammenheng mellom informasjonssvikten og skaden. Mindretallet fant det sannsynlig at pasienten ikke ville latt seg operere, mens flertallet kom til motsatt resultat. For at informasjonssvikt skal føre til erstatningsansvar, må en konkret vurdering sannsynliggjøre at pasienten ville ha

⁶⁷ Syse, 2004

gjennomført behandlingen selv om han eller hun hadde fått tilstrekkelig informasjon om de foreliggende risiki.⁶⁸

Også i nyere rettspraksis blir det avgjørende hva pasienten ville ha valgt med tilstrekkelig informasjon. Eksempelvis fikk ikke skadelidte erstatning i LB-2009-192317 nettopp fordi det ble antatt at han likevel hadde samtykket til operasjonen. Begrunnelsen var blant annet hans betydelige plager før operasjonen og den gode operasjonsindikasjonen. Dermed kommer man ikke utenom at også etter pasientskadeloven må det foretas en slik hypotetisk sannsynlighetsvurdering.⁶⁹

4 Ansvar for teknisk svikt

”Pasienten og andre som har lidt tap på grunn av pasientskade, har krav på erstatning når skaden skyldes... teknisk svikt ved apparat, redskap eller annet utstyr som er brukt ved ytelsen av helsehjelp,” jf. passkl. § 2 første ledd bokstav b.

Ordlyden er vid. Svikten kan forekomme ved bruk av enten apparat, redskap eller annet utstyr. Det følger av lovteksten at det er et vilkår at apparatet, redskapet eller utstyret er *”brukt ved ytelsen av helsehjelp”* som igjen understreker kravet om tilknytning til en behandlingssituasjon. *”Teknisk svikt”* innebærer for eksempel at medisinsk utstyr ikke fungerer slik det skal på grunn av for eksempel produktfeil, slitasje mv.

I henhold til forarbeidene skal tidligere ulovfestet objektivt ansvar om teknisk svikt videreføres i pasientskadeloven.⁷⁰ Det vises til tidligere rettspraksis som begrunnelse for objektivt ansvar for teknisk svikt. Et argument mot objektivt ansvar for teknisk svikt, er at helsehjelp ytes i pasientens interesse.

⁶⁸ Syse, 2004

⁶⁹ Jørstad, 2004

⁷⁰ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99)

Røntgenapparatet i RG 1951 s. 348 representerte en typisk og påregnelig risiko. Det ble argumentert mot ansvar med at på grunn av lav skadefrekvens var skaden upåregnelig, men under rettssaken ble det funnet to tilfeller av samme slitasje på røntgenapparatet. Dommen gjaldt en tannlege som ble erstatningsansvarlig for at pasienten hans ble skadet. Da tannlegen skulle ta et røntgenbilde av pasientens tenner, falt en del av røntgenapparatet ned i hodet på pasienten slik at hun måtte søke legehjelp og ble arbeidsudyktig en tid. Tannlegen eide røntgenapparatet og lot det inspiseres av fagfolk i ny og ne. Det var wire-slitasje som var årsak til at apparatet falt sammen. Resultatet ble objektivt ansvar for teknisk svikt. Etter pasientskadeloven er det tilstrekkelig for erstatningsansvar at det foreligger teknisk svikt, forutsatt at vilkåret om årsakssammenheng er oppfylt.

I RG 1959 s. 150 ble en mann røntgenbehandlet på et sykehus på grunn av vorter på hendene med det resultat at han fikk stråleskader på høyre hånd. Siden røntgenapparatet var et faremoment blant sykehusets behandlingsmidler som ikke pasienten kunne beskytte seg mot, måtte eieren av apparatet bli erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag. Sykehuset var med andre ord nærmest til å bære risikoen for skaden. I RG 1951 s. 348, ble det lagt vekt på at det er rimelig at en tannlege som bruker apparatet daglig i sin næringsvirksomhet og ikke en tilfeldig pasient som må bære følgene av at skade inntreffer. Det var et ytterligere argument for ansvar at tannlegen, med små omkostninger, kunne forsikre seg mot ansvar. Pasienten kunne ikke forsikre seg mot røntgenfotografering.

Begrunnelsen for det lovfestede objektive ansvaret for teknisk svikt er at det er rimelig at NPE og ikke en tilfeldig skadelidt bærer følgene av en pasientskade. Helsepersonell og helseinstitusjoner, både offentlige og private, er alle forsikret mot ansvar gjennom betaling av tilskudd til NPE.

5 Ansvar for smitte eller infeksjon

”Pasienten og andre som har lidt tap på grunn av pasientskade, har krav på erstatning når skaden skyldes... smitte eller infeksjon, når dette ikke i hovedsak skyldes pasientens tilstand eller sykdom,” jf. passkl. § 2 første ledd bokstav c.

Det var ikke objektivt ansvar for smitte eller infeksjon i tidligere ulovfestet rett.⁷¹ To dommer som gjelder smitte er eksempler på dette. I Rt. 1960 s. 1235 (Tuberkulosesmitte- dommen II) fikk ikke skadelidte erstatning for tuberkulosesmitte under militærtjeneste. I Rt. 1990 s. 768 (HIV- dommen) fikk ikke skadelidte erstatning for HIV-smitte ved blodoverføring. I begge dommene ble det fremhevet at sykebehandlingen var til pasientens beste slik at det også var rimelig at pasienten skulle bære risikoen for smitte.

Det kan oppstå tilfeller der en pasient blir smittet med en sykdom han eller hun ikke hadde før innleggelse. Det kan oppstå tilfeller der en infeksjon oppstår i et sår mens pasienten er under behandling. Ansvar for smitte eller infeksjon skal i følge forarbeidene gjelde for smitte eller infeksjon fra medpasienter, et sykehusmiljø eller annen tilsvarende smittekilde.⁷² For eksempel omfatter ansvaret HIV- smitte ved blodoverføring. Det er uten betydning om smitten eller infeksjon oppstår i et område med høy bakteriekonsentrasjon.⁷³

Det kan være vanskelig å skille mellom hva som anses som ”smitte” og hva som anses som ”infeksjon”. Men det er ikke nødvendig å foreta skillet når erstatningsansvaret er det samme om det foreligger en smitte eller en infeksjon.

Ofte har en syk pasient nedsatt immunforsvar. Dette må han i utgangspunktet selv bære følgene av. En pasient som er under behandling med cellegift, kan bli alvorlig syk

⁷¹ ⁷² ⁷³ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99)

dersom han eller hun smittes med en forkjølelse. I forarbeidene presiseres det at pasientskadeansvaret ikke skal være noe garanti mot sykdom.⁷⁴

RG 2003 s. 1441 gjaldt en kreftpasient som døde av en infeksjon. Retten fant at pasientens motstandskraft var meget sterkt redusert på grunn av sykdommen og cellegiftbehandlingen. Det forelå ikke erstatningsansvar for infeksjon.

Dersom det kan påvises at smitten eller infeksjonen skyldes en ”svikt ved ytelsen av helsehjelp”, følger erstatningsansvaret allerede av passkl. § 2 første ledd bokstav a. For eksempel kan det skyldes svikt at pasienten har fått nedsatt immunforsvar eller at smitten eller infeksjon skyldes at helsepersonell har forholdt seg uforsvarlig til pasientens nedsatte immunforsvar.⁷⁵ I RG 2003 s. 1441 konkluderte retten med at infeksjonen som pasienten døde av heller ikke skyldtes svikt.

Det kan imidlertid være vanskelig å sannsynliggjøre at det er skjedd en svikt under behandlingen. Det kan også være vanskelig å sannsynliggjøre at smitten eller infeksjon ikke skyldes pasientens tilstand eller sykdom. Begrunnelsen for det objektive ansvaret for smitte eller infeksjon er hensynet til prosessøkonomi og skadelidtes bevisbyrde.⁷⁶ Lovgiver har ønsket å avbøte på uaktsomhetsansvaret.

LF-2010-149413 gjaldt en infeksjon hos et spedbarn. Staten v/Pasientskadenemnda anførte forgjeves at det ikke hadde vært noen epidemi eller tilsvarende infeksjonstilfeller tidligere ved den konkrete avdelingen. Med dette mente saksøkte at det ikke forelå noe vedvarende risiko ved virksomheten. Retten tok ikke stilling til anførselen. Videre anførte staten v /Pasientskadenemnda at det ikke var noen opplysninger om at noe ekstraordinært kunne ha skjedd i forbindelse med fødselen eller tiden etterpå som kunne ha forklart hvorfor infeksjonen oppsto. Med dette mente saksøkte at risikoen for infeksjon ikke oversteg dagliglivets risiko. Retten tok heller ikke stilling til denne anførselen. Dommen illustrerer at når det foreligger

⁷⁴ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99)

⁷⁵ Rasmussen, 2008

⁷⁶ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99)

årsakssammenheng mellom skaden og smitten eller infeksjonen, har skadelidte krav på erstatning.

6 Ansvar for vaksinasjon

”Pasienten og andre som har lidt tap på grunn av pasientskade, har krav på erstatning når skaden skyldes... vaksinasjon,”, jf. passkl. § 2 første ledd bokstav d.

Ordlyden etterlater tvil om ”vaksinasjon” skal ha en snever eller vid betydning. I snever forstand betyr ”vaksinasjon” selve prosedyren med for eksempel en sprøyte i armen. Men i forarbeidene presiseres det at ansvaret gjelder også selve vaksinen.⁷⁷ I slike tilfeller kan skadelidte kreve erstatning etter både pasientskadeloven og produktansvarsloven. Det er ikke nødvendig å skille mellom hvorvidt skaden er forårsaket av vaksinen eller vaksinasjonen.

Ansvaret for vaksinasjon i pasientskadeloven er en videreføring av smittevernloven som lovfestet det objektive ansvaret for vaksinasjon som hadde blitt utviklet i rettspraksis. *”Staten plikter å erstatte en skade som alene eller sammen med andre årsaker kan være en følge av anbefalte eller påbudte vaksinasjoner som blir satt i verk i medhold av denne loven,”* jf. smittel. § 8-2 første ledd første punktum.

Lovteksten innebærer at det gjelder et objektivt ansvar for skader som følge av anbefalte eller påbudte vaksinasjoner. Hva ”påbudt” betyr, kan illustreres av en dom inntatt i Rt. 1960 s. 841 (Vaksine- dommen). Staten forsøkte forgjeves å argumentere med at det var frivillig om man ville vaksinere seg mot kopper eller ikke. Høyesterett uttalte at *”Når det bestemmes at ingen skal kunne påmønstres i utenriks fart uten å være vaksinert, er dette i realiteten jevngodt med et påbud om tvangsvaksinasjon av sjøfolkene.”*

⁷⁷ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99)

Ansaret gjelder også for ”*anbefalte*” vaksiner. For eksempel vil NPE være objektivt ansvarlig for skader som følge av svineinfluensavaksinen.

Begrunnelsen for det objektive ansvaret for vaksinasjonsskader er at vaksinerer skjer ikke bare i den enkeltes interesse, men også for å forhindre utbredelse av smitte blant befolkningen. Vaksinerer er i allmennhetens interesse med den følge at eventuelle skader bør bæres av fellesskapet. I Rt. 1960 s. 841 (Vaksine- dommen) ble staten objektivt ansvarlig for at en gutt fikk hjernehinne- og hjerneryggmargsbetennelse som følge av en koppevaksinasjon som var påbudt når han skulle dra til sjøs for å arbeide som dekksgutt. Det måtte være rimelig og riktig at staten tok den økonomiske risiko for skader som vaksinasjonen medførte. Retten viste til at staten var nærmest til å bære risikoen for skaden når den ved sitt organ påla vaksinerer for å forhindre smitte og beskytte befolkningen mot kopper.

7 Skadelidtes forventninger

Det skal tas hensyn til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten på skadetidspunktet, er tilsidesatt”, jf. passkl. § 2 andre ledd første punktum

Ordlydens plassering i bestemmelsen viser at det skal tas hensyn til ”*de krav skadelidte med rimelighet kan stille*” både ved vurderingen av ”*svikt ved ytelsen av helsehjelp*”, ”*teknisk svikt*”, ”*smitte og infeksjon*” og ”*vaksinasjon*”. I henhold til forarbeidene er hensynet mest relevant ved vurderingen av ”*svikt ved ytelsen av helsehjelp*”.⁷⁸

Lovens ordlyd tar utgangspunkt i skadelidtes forventninger, noe som kan forstås både som hva skadelidte i alminnelighet kan forvente og hva den konkrete skadelidte kunne forvente. Forarbeidene presiserer at loven skal tolkes slik at det er de objektive forventninger til virksomheten det skal tas hensyn til. Med ordlyden ”*med rimelighet kan stille*” siktes det til at forventningene skal være objektivisert. LB-2010-005844

⁷⁸ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99)

gjaldt som nevnt morkakeløsning under permisjon fra sykehuset. Passkl. § 2 annet ledd ble tolket slik: *”at det må foreligge en adferd fra skadevolder som avviker fra den normalforventning som pasienten må kunne stille til virksomheten. Atferden må ha ført til en hendelse som ikke burde ha skjedd ut fra en faglig forsvarlig norm.*

Pasientens subjektive forventninger kan derimot ikke være helt uten betydning for hva man kan forvente av virksomheten.⁷⁹ For eksempel bygger et informert samtykke på den informasjonen som helsepersonell har gitt og denne informasjonen kan skape forventninger til blant annet behandlingsresultatet.

I moderne erstatningsrett er det fundamentalt å innta et perspektiv som ser på skadelidtes forventninger.⁸⁰ Både skl. § 2-1, produktansvarsloven og pasientskadeloven bygger på dette perspektivet. Også i den alminnelige skyldregelen benyttes perspektivet om hva slags forventninger som rimelig kan stilles sett ut i fra skadelidtes ståsted i en konkret situasjon. I utgangspunktet stilles det strenge krav til helsepersonell. Ved at en tar utgangspunkt i et vidtgående kvalifikasjonskrav – et krav til høy sakkunnskap – vil det skapes en streng rolleforventning til helsepersonell.⁸¹ Det er på grunn av teoretiske kunnskaper og faglige erfaringer at det stilles høye forventninger. Pasienten har som regel ikke forutsetninger for å vurdere om helsehjelpen faglig sett holder mål.

I LG-2010-056030 kom retten til at det ikke forelå ”svikt” ved at seteleie hos en gravid kvinne ikke ble avdekket tidligere. Retten uttalte om ansvarsgrunnlaget: *”Det må... foreligge et objektivt avvik fra en forventet standard for helsetjenesten, noe som vil måtte vurderes konkret i det enkelte tilfellet... Flertallet kan etter dette ikke se at det er sannsynliggjort at det foreligger svikt ved ytelsen av helsehjelp... Undersøkelsene for å påvise fosterets leie er foretatt i overensstemmelse med vanlig god praksis for jordmødre. De krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten er følgelig ikke tilsidesatt.”* Dommen illustrerer at det skadelidte med rimelighet kan forvente, er vanlig god eller adekvat praksis.

⁷⁹ Jørstad, 2004

⁸⁰ Nygaard, 2000

⁸¹ Nygaard, 2000

I forarbeidene er det uttalt at momentene i annet ledd er ikke uttømmende.⁸²

Forventningene må variere etter omstendighetene. Kravet til vanlig god praksis er dermed relativisert og avhengig av tid, sted og situasjon helsehjelpen ytes i.⁸³

7.1 Tid

Det er naturlig at skadelidtes forventninger må variere etter hvor mye tid som står til rådighet. Det er forskjell på hva man kan forvente i en akuttsituasjon og i en situasjon der helsepersonell har tid til å avveie hvilke handlingsalternativer er mest hensiktsmessige.

7.2 Sted

Ved vurderingen av skadelidtes rimelige forventninger til virksomheten, oppstår det et spørsmål om det kan stilles ulike krav til henholdsvis offentlig og privat virksomhet. Dersom det er tilfellet, vil erstatningsvernet være bedre for pasienter som har økonomi til å betale for dyre helsetjenester i privat helsesektor.

Hva skadelidte kan forvente er som nevnt objektivisert. Det vil si at det er uten betydning hva legene har lovet eller garantert. En plastisk kirurg på en privat klinikk kan garantere at pasienten vil oppnå ønsket resultat. Men dette vil ikke ha betydning for erstatningsansvaret siden forventningene er objektivisert. Hva pasienten her kan forvente må fastsettes etter hva som er forsvarlig praksis på området. På den annen side kan allmennhetens objektive forventninger til dyre og anerkjente private klinikker være høyere enn til det offentlige helsevesen, noe som bør få betydning ved vurderingen av erstatningsansvar. Som nevnt vil et informert samtykke basert på informasjon fra helsepersonell, kunne forme forventningene til helsehjelpen. Det vil si at dersom legen garanterer for et resultat, vil skadelidte kunne få berettigede forventninger.

Problemstillingen er ikke berørt i forarbeidene til pasientskadeloven. Siden likhet er et grunnleggende prinsipp i vår rettstradisjon kan det ikke ha vært lovgiverens ønske at aktsomhetsnormen skulle variere fra offentlig til privat helsesektor. Verken rettspraksis

⁸² Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99)

⁸³ Rasmussen, 2008

eller praksis fra NPE eller PSN har skilt ut vurderingen av forventninger til private helseinstitusjoner. Et tilleggsargument mot at det stilles ulike krav til privat og offentlig sektor, er at skillet mellom hva som anses som privat og offentlig er ikke skarpt.

7.3 Situasjon

Det bør stilles ulike krav til helsehjelp i ulike situasjoner. Forarbeidene nevner behandling på et feltsykehus og et vanlig sykehus og råd fra en lege under en konsultasjon og i fritiden.

Lovens virkeområde omfatter som nevnt tilfeller der helsepersonell har handlet både i og utenfor tjeneste. Hvorvidt helsepersonell handler i eller utenfor tjeneste, vil få betydning for vurderingen av ansvar. Det stilles ulike krav til behandling som utføres i tjeneste og ytelse av for eksempel øyeblikkelig hjelp på gaten.⁸⁴ På grunn av tillitten til helsepersonell, kan det ikke være forskjell på helsehjelp i kontortiden og i fritiden. Det avgjørende må være om helsepersonell stiller sine faglige kvalifikasjoner til disposisjon i den konkrete situasjonen.⁸⁵ Men på den annen side kan ikke skadelidtes forventninger til helsehjelpen i eksempelet være like høye som til en konsultasjon hos samme lege. I forarbeidene til skadeserstatningsloven fremheves at mottakeren får selv ta risikoen for å følge et råd som gis på stående fot.⁸⁶

Videre bør det stilles ulike krav til ulike grupper av helsepersonell. Ved særlig kompetanse, som for eksempel spesialister i medisin, er det naturlig at det anlegges et skjerpet aktsomhetskrav. Pasientens forventninger vil øke fra lege til spesialist.⁸⁷

7.4 Unntak for utilstrekkelige ressurser

Utilstrekkelige ressurser skal ikke medføre ansvar dersom ressursfordelingen har vært forsvarlig og virksomheten i alminnelighet holder en forsvarlig standard.”, jf. passkl. § 2 andre ledd annet punktum.

⁸⁴ Jørstad, 2004

⁸⁵ Brunsvig, 1983

⁸⁶ Ot. Prp. Nr. 48 (1965-66)

⁸⁷ Brunsvig, 1983

Forventningene styres også av hvilke ressurser helsevesenet til enhver tid har tilgjengelig. Selv om forventningen er berettiget, må denne justeres i forhold til den foreliggende ressursituasjonen. Lovteksten innebærer et unntak fra ansvar dersom to vilkår er oppfylt. For det første må fordelingen av de tilgjengelige ressurser ha vært forsvarlig. For det andre må virksomheten i alminnelighet holde en forsvarlig standard.

7.4.1 Ressursfordeling

Det er ikke manglende ressurser som kan føre til erstatningsansvar men uaktsomhet ved prioriteringen av de tilgjengelige ressurser.

Helsevesenet er pålagt en plikt til å yte helsehjelp og dermed også en plikt til å prioritere sine ressurser. En ressursbegrensning kan frita et sykehus for ansvar for skade ved en avdeling som utfører ikke lovpålagt helsehjelp, men ikke ved en avdeling som yter øyeblikkelig hjelp etter pasrl. § 2-1.⁸⁸ I LB-2009-063385 viste lagmannsretten til at behandlingen hadde *”vært adekvat i forhold til tilgjengelig medisinsk viten og tilgjengelige ressurser.”* Saken gjaldt en kvinne som fikk en sjelden hjerneskade under korrigering av et farlig lavt natriumnivå i blodet. Retten fant at prioriteringen av de tilgjengelige ressurser hadde vært forsvarlig. *”Slik Ahus var organisert, og med de tilgjengelige ressursene, kan det heller ikke reises kritikk mot at A ble plassert på hjerteovervåkingen og ikke på intensivavdelingen, som ville vært det ideelle dersom sykehuset hadde hatt kapasitet til å behandle henne der. Intensivavdelingen var imidlertid forbeholdt pasienter med behov for pustehjelp.”*

Helsevesenet må ta sine begrensede ressurser i betraktning ved ytelsen av helsehjelp. Det kan for eksempel ikke benyttes skadevoldende utstyr med henvisning til ressursituasjonen. Men ressurs hensynet kan unnskyldes at det ikke finnes spesielt utstyr som kunne ha forhindret skade på pasienten.

I teorien fremheves det at det vanskelig kan ses som oppgaven til NPE eller PSN å sette en standard for ressursfordeling i norsk helsevesen.⁸⁹ I det offentlige helsevesen er

⁸⁸ Rasmussen, 2008

⁸⁹ Jørstad, 2004

ressurssituasjonen underlagt politiske beslutninger om økonomiske rammevilkår.⁹⁰ Det fremgår av forarbeidene at ”Særlig i det offentlige helsevesen er det vesentlig at prioriteringene skjer ved helhetsvurderinger og ikke i enkeltsaker.”⁹¹ I privat sektor er det mindre rom for å kunne påberope seg ressursmangel som ansvarsfritaksgrunn. Foreligger det ressursmangel, er det uforsvarlig å inngå en avtale som virksomheten ikke kan innfri. Når det i forarbeidene uttales at særlig i det offentlige helsevesen skjer prioriteringene ved helhetsvurderinger og ikke i enkeltsaker, er det større rom for prioritering av ressurser i privat helsevesen. Dermed vil ressursfordelingen i privat sektor sjeldnere frita for ansvar enn ressursfordelingen i offentlig sektor.

Etter lovens ordlyd er det de rimelige forventninger til ressurssituasjonen på ”skadetidspunktet” som er avgjørende. Ressurssituasjonen kan senere bli dårligere eller bedre uten at det har betydning for ansvarsvurderingen.

7.4.2 Forsvarlig standard

Vilkåret om at virksomheten må i alminnelighet holde en forsvarlig standard har ikke vesentlig betydning i dag. Da loven ble vedtatt ble det understreket i forarbeidene at norsk helsevesen har en standard langt over den forventede minstestandard.⁹² Det er ingen antydning på at helsevesenet har en standard som er lavere enn den i forrige århundre, snarere tvert i mot.

Etter lovens ordlyd er det de rimelige forventninger til helsetjenestens kvalitet på ”skadetidspunktet” som er avgjørende. Også kvaliteten på helsetjenesten kan senere bli dårligere eller bedre uten at det har betydning for ansvarsvurderingen.

⁹⁰ Rasmussen, 2008

⁹¹ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99) s. 91 venstre spalte

⁹² Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99)

8 Ansvar for særlig stor eller uventet skade

”Selv om det ikke foreligger grunnlag for erstatningsansvar etter første og annet ledd, kan det unntaksvis ytes erstatning når det har skjedd en pasientskade som er særlig stor eller særlig uventet, og som ikke kan anses som utslag av en risiko som pasienten må akseptere. Det skal legges vekt på om det er gitt tilstrekkelig informasjon på forhånd.”, jf. passkl. § 2 tredje ledd.

Når det ikke foreligger ”svikt”, ”teknisk svikt”, ”smitte eller infeksjon”, skade etter ”vaksinasjon” eller forhold som medfører ansvar etter alminnelige erstatningsrettslige regler, gir tredje ledd en sikkerhetsventil for erstatning for skade.

Etter ordlyden ”unntaksvis” er tredje ledd en unntaksbestemmelse. Forarbeidene understreker at bestemmelsen må gis begrenset anvendelse i praksis. *”Erstatning bør ytes når det ikke er rimelig at pasienten selv bærer følgene av skaden. Hvilke tilfeller som omfattes, må bero på et konkret skjønn.”*⁹³ Regelen viderefører Pasientskadenemndas praksis etter de midlertidige reglene.

Bestemmelsen er ment å fange opp *”tilfeller hvor det vil virke støtende på rettsfølelsen å ikke tilkjenne erstatning”*.⁹⁴ Begrunnelsen bestemmelsen er at den tidligere ordning med billighetserstatning ikke alltid dekket skadelidtes tap.⁹⁵ Rimelighetsregelen gjelder altså i de tilfeller der det hadde blitt tilkjent billighetserstatning, men slik at erstatningen skal dekke skadelidtes fulle økonomiske tap. Det er ikke holdepunkter for at regelen gjelder bare for disse tilfellene. Dette innebærer at bestemmelsen lovfester en rett til erstatning på rent rimelighetsgrunnlag.

⁹³ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99) s. 68 høyre spalte

⁹⁴ NOU 1992: 6 s. 94 høyre spalte

⁹⁵ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99)

8.1 Rimelighetsvurderingen

Passkl. § 2 tredje ledd er en videreføring av regelen som hadde utviklet seg i praksis etter den midlertidige ordningen.⁹⁶ Tidligere rettspraksis er derfor relevant med hensyn til hvilke momenter som skal vektlegges i den konkrete vurderingen.

I følge utvalgets forslag skal vurderingen skje ut fra ”... *tidligere tilstand, sykdommens art, behandlingens betydning og risiko, og skadens art og omfang.*”⁹⁷ I LB-2009-192317 uttalte retten at ”*Etter retts- og nemndspraksis skal det foretas en samlet vurdering av de tre momentene skadeomfang, skadens påregnelighet og indikasjonsstillingen.*”

Som eksempel på et tilfelle som omfattes av unntaket nevner forarbeidene sjeldne og uunngåelige skader hvor pasientens tilstand er betydelig forverret som følge av behandlingen.⁹⁸ Ved vurderingen av om skaden er utslag av en risiko som pasienten må akseptere, skal skadens omfang sammenholdes med nødvendigheten av det inngrepet som forårsaket skaden. I henhold til forarbeidene utløses ikke erstatningsansvar når det har vært nødvendig å utsette en pasient for fare for å kunne redde hans eller hennes liv.⁹⁹ I slike tilfeller vil skaden være utslag av en kalkulert risiko som det var forsvarlig å ta.

Det er ikke bare et krav om at det foreligger en pasientskade. Etter ordlyden må denne skaden også være ”*særlig stor*”. Det må foretas en konkret vurdering av skadens størrelse for skadelidte. Skadens omfang må også vurderes opp mot de lidelser pasientens grunnlidelse hadde ført til dersom behandling ikke hadde blitt iverksatt. I RG 2008 s. 557 fikk en kvinne erstatning for at hun var påført en skade av et uvanlig stort skadeomfang. Hun fikk en nerveskade under en ryggoperasjon som innebar blant annet at hun endte opp som rullestolbruker. I motsetning til i Rt. 2006 s. 1217 der skadelidte ble arbeidsufør etter en hjerteoperasjon dreide det seg her ikke om livreddende

⁹⁶ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99)

⁹⁷ NOU 1992: 6 s. 105 venstre spalte – s. 105 høyre spalte

⁹⁸ NOU 1992: 6

⁹⁹ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99)

behandling. *”Når det uvanlige skadeomfanget sammenholdes med at ryggoperasjonen ikke var absolutt nødvendig, er lagmannsrettens flertall - dog under betydelig tvil - blitt stående ved at As skade er utslag av en risiko som ligger utenfor hva som kan aksepteres.”* Her ble behandlingens betydning og risiko avgjørende. Siden operasjonen ikke var livreddende, var det heller ikke rimelig at pasienten skulle bære risikoen for skaden.

I henhold til forarbeidene skal økonomiske virkninger av skaden være et moment i vurderingen og ble eksempelvis tillagt vekt i LB-2009-180976. Saken gjaldt en mann som ble arbeidsufør på grunn av sterke smerter i bukveggen og avføringsproblemer som følge av en operasjon av en svulst i tykktarmen. Arbeidsuførheten var den økonomiske virkningen som ble tillagt vekt i vurderingen av skadens omfang. LB-2009-192317 gjaldt en operasjon av en prolaps i nakken der operasjonen førte til ryggmargskader. Retten fant ikke skaden *”særlig stor”* i og med at skadelidte var allerede arbeidsufør før operasjonen. Det vil si at den økonomiske virkningen av skaden skal vurderes opp mot den økonomiske virkningen av pasientens grunnlidelse.

Skaden må ikke bare være uventet, men *”særlig uventet”*. En skade kan være uventet både når pasienten ikke har fått tilstrekkelig informasjon eller når skaden er utslag av en risiko som behandlerne var uvitne om. For at skaden skal være *”særlig uventet”* må skadens omfang være av en viss størrelse.

LB-2007-16311 gjaldt en kvinne som ble operert i ryggen og påført en nerveskade som medførte nedsatt gangfunksjon i venstre ben. Retten fant at den manglende informasjonen om risiko for nerveskade var ikke avgjørende for vurderingen av om skaden kunne anses som særlig uventet. *”Det pekes blant annet på at selv om A ikke var gjort kjent med den konkrete risikoen for nerveskade, måtte hun generelt være kjent med at det forelå en risiko for komplikasjoner ved en operasjon av det omfang det var tale om her, og hun var også gjort kjent med enkelte av de komplikasjoner som kunne oppstå.”* Mangel på informasjon kan med dette ikke være utslagsgivende, men er i henhold til lovens ordlyd kun et moment i helhetsvurderingen. I LB-2009-192317 fant retten at ryggmargskaden etter operasjonen ikke var uventet. Ryggmargskaden var en sjelden, men kjent komplikasjon ved operasjonen.

Rt. 2006 s. 1217 gjaldt en bypassoperasjon som førte til at pasientens arm- og håndfunksjon ble varig redusert. Retten viser til momentene fra forarbeidene - hva som er akseptabel risiko avhenger av skadens omfang, sjansen for at den skal inntreffe og sykdommens art. Sykdommens art referer til hvor viktig inngrepet eller operasjonen er. Også tapets størrelse er av betydning. Når skaden ble sammenholdt med den livsnødvendige behandling pasienten fikk, var ikke skadeomfanget stort nok til å være erstatningsbetingende. Sannsynligheten for skaden og skadekombinasjonen var liten, men det avgjørende var at komplikasjonene var godt kjent i forbindelse med undersøkelsen og operasjonen.

Livreddende behandling fører som regel til at skadelidte ikke har rett til erstatning. I Rt. 2008 s. 218 fikk en pasient omfattende stråleskader som følge av kreftbehandling. Han ble blant annet blind på høyre øye og ute av stand til å snakke, svelge og puste gjennom spiserøret. Han hadde ikke på forhånd blitt informert om andre skader enn blindheten. Disse var for øvrig helt uventede for hans behandlere. PSN hadde begrunnet avslaget med at risikoen for skaden måtte aksepteres ved en slik livreddende handling. Ved risikofylte behandlingsmetoder, må risikoen for alvorlige komplikasjoner aksepteres. Retten konkluderte med: *”På bakgrunn av den meget alvorlige diagnosen og dystre prognosen A hadde da behandlingen fant sted, finner jeg i denne saken å måtte slutte meg til nemndas standpunkt. Slik forholdene her var, er jeg blitt stående ved at det ikke kan anses uakseptabelt at A ble utsatt for den risiko for skade som her skjedde.”*

PSN-2010-160 gjaldt en ryggoperasjon som førte til lammelse og inkontinens. I den konkrete vurderingen uttalte nemnda: *”Dersom inngrepet ikke hadde blitt foretatt er det mest sannsynlig at plagene ville tiltatt i styrke.”* Komplikasjonene var velkjente og hyppige og pasienten hadde blitt informert om disse. *”Sett hen til pasientens betydelige plager forut for inngrepene, samt de behandlingsrelaterte plagenes art og omfang, er nemnda av den oppfatning at risikoen for de aktuelle plagene ligger innenfor det som må aksepteres.”* Igjen var behandlingens betydning utslagsgivende.

LB-2009-180976 gjaldt en mann som ble arbeidsufør etter en operasjon. Han krevde erstatning på det grunnlag at risikoen for skaden var utslag av en uakseptabel risiko. *”Etter lagmannsrettens syn må det være indikasjonen på operasjonstidspunktet som må være avgjørende for hvilken risiko som må aksepteres.”* Det ble lagt avgjørende vekt på

at det dreide seg om alvorlige og sjeldne komplikasjoner. Flertallet fant komplikasjonsrisikoen utenfor det skadelidte måtte akseptere. Skadelidte var blitt rammet så alvorlig at det ikke var rimelig at han selv skulle bære de økonomiske følgene av skadene. Dette var et slikt tilfelle der det ville ha virket støtende på rettsfølelsen om pasienten ikke hadde blitt tilkjent erstatning. Men avgjørelsen er avsagt under dissens, riktignok bare (4-1), men flertallet uttrykker tvil med hensyn til resultatet.

Etter ordlyden er informasjon et moment i helhetsvurderingen. At informasjonen må være gitt ”*på forhånd*” understreker betydningen av at det må foreligge et gyldig samtykke til helsehjelpen. I forarbeidene uttales det at dersom pasienten ikke er tilstrekkelig informert kan det utløse et erstatningsansvar, ”*selv om det medisinsk måtte være riktig å ta en kalkulert risiko*”.¹⁰⁰ Hvor går da grensen for mangel på informasjon som anses som ”svikt” og tilfeller der det ikke er gitt ”*tilstrekkelig informasjon på forhånd*”? Det må være den informasjon som burde ha blitt gitt, men som ikke helsepersonell var lovpålagt til å gi, som har betydning for rimelighetsregelen.

Erstatning etter rimelighetsregelen bør også være aktuelt for de tilfeller der det ikke er sannsynliggjort en årsakssammenheng mellom informasjonssvikten og skaden. I følge rettspraksis vil ikke informasjonssvikt, der skadelidte ikke har sannsynliggjort en årsakssammenheng, automatisk føre til ansvar etter tredje ledd. I LB-2009-192317 forelå det informasjonssvikt når skadelidte ikke fikk informasjon om den konkrete komplikasjonen han ble rammet av. Retten uttalte at: ”*Etter en samlet vurdering kan ikke lagmannsretten se at denne informasjonssvikten er tilstrekkelig til å bringe forholdet inn under unntaksbestemmelsen i pasientskadeloven § 2 tredje ledd, hensett til at det var fullt forsvarlig å foreta operasjonen.*”

I LB-2010-005844 ble det ikke gitt erstatning etter passkl. § 2 tredje ledd. Barnet fikk en alvorlig hjerneskade på grunn av surstoffmangel mens moren var på innvilget permisjon fra sykehuset. Det var ikke tvilsomt at barnet hadde fått en ”*skade som er særlig stor*”. Men ansvar etter tredje ledd kunne ikke pålegges. Kvinnen hadde tatt et informert valg om å reise hjem.

¹⁰⁰ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99) s. 91 høyre spalte

8.2 Tilfeller som faller utenfor

Passkl. § 2 tredje ledd gjelder ikke for de tilfeller der pasientens grunnlidelse ikke blir helbredet. Ordlyden om uakseptabel risiko passer ikke for de tilfeller der pasienten ikke får grunnsykdommen helbredet. Det kan ikke være en uakseptabel risiko når pasienten ikke helbredes. Det er ikke mulig å garantere et behandlingsresultat.

I Rt. 1998 s. 1336 (Ruptur- dommen) endte en førstegangsfødende opp med utlagt tarm på grunn av overrivning (totalruptur) av endetarmsmuskulaturen. Høyesterett fant ikke grunnlag for ansvar: *”Syngen av rupturen som - i en slik situasjon - er helt nødvendig og den eneste aktuelle behandlingsmåten, kan likevel ikke sies å innebære en uakseptabel risiko ”for skade” for de som ikke blir helbredet. Resultatet for A som har fått utlagt tarm, er blitt spesielt dårlig. Men heller ikke hun har - slik jeg ser det - vært utsatt for en behandling som har medført en uakseptabel risiko for henne.”* Retten konkluderte med at, uansett hvor stort skadens omfang er, passer ikke ordlyden i passkl. § 2 tredje ledd for tilfeller der pasientens grunnlidelse ikke blir helbredet.

Regelen gjelder heller ikke for skader som følge av feil eller forsinket diagnose. Ordlyden tyder på at den informasjonen som det skal legges vekt på, er informasjon som er gitt i forbindelse med behandling. Det oppstår derfor en problemstilling om hvorvidt rimelighetsregelen kommer til anvendelse på feil eller forsinket diagnose.¹⁰¹ Når det ikke foreligger svikt med hensyn til diagnostisering, har man ikke hatt grunnlag for å gi ytterligere informasjon til den aktuelle pasient. Vilkåret om at skaden må være et utslag av en uakseptabel risiko, kan heller ikke være relevant ved feil eller forsinket diagnostisering.¹⁰² Pasienten bør selv bære risikoen for å få en sykdomstilstand.

Det følger også av praksis fra NPE og PSN at det ikke gis medhold for erstatning etter tredje ledd for skade som følge av forsinket eller uriktig diagnose. Forutsetningen er at diagnostiseringen har vært i tråd med vanlig god praksis. Det skal ikke ha betydning hvor omfattende følgene av forsinket eller uriktig diagnostisering er for den aktuelle pasient. I PSN-2010-576 som gjaldt forsinket diagnose, uttalte nemnda:

”Pasientskadeloven § 2 tredje ledd kommer etter lang og fast praksis ikke til anvendelse

¹⁰¹ Syse, 2006

¹⁰² Syse, 2006

da diagnostiseringen har vært adekvat og i tråd med gjeldende retningslinjer. Ved anført forsinket eller feilaktig diagnostisering er det et ubetinget vilkår for erstatning at det foreligger en svikt.”

Praksisen fra PSN er fulgt i rettspraksis. I LG-2010-056030 gjaldt et tilfelle der det ikke ble påvist seteleie hos et foster før fødsel. Retten konkluderte med at passkl. § 2 tredje ledd ikke kom til anvendelse på forsinket diagnose.

9 Ansvar etter alminnelige erstatningsrettslige regler

”Pasienten og andre som har lidt tap på grunn av pasientskade, har krav på erstatning når skaden skyldes... forhold som medfører ansvar for helsetjenesten eller helsepersonell etter alminnelige erstatningsregler”, jf. passkl. § 2 første ledd bokstav e.

Ansaret etter alminnelige erstatningsrettslige regler begrenses av at det må dreie seg om en pasientskade etter § 1.

Det er mange tilfeller der ansvar etter alminnelig erstatningsrett kan bli aktuelt. Dette er skader som er voldt før lovens ikrafttredelse og som ikke omfattes av de midlertidige ordningene, for eksempel psykisk skade som ikke er en følge av en fysisk skade. Skader som er voldt før de midlertidige ordningene, må vurderes etter alminnelig erstatningsrett, forutsatt at kravet ikke er foreldet.

”Erstatning (oppreisning) for skade av ikke-økonomisk art etter skadeserstatningsloven § 3-5 og tap under 5 000 kroner erstattes likevel ikke etter loven her”. jf. passkl. § 4 første ledd annet pkt. For å få erstatning for ikke-økonomisk tap og tap under 5000,- kroner, må skadelidte kreve erstatning etter alminnelige erstatningsrettslige regler. Dette betyr at selv om det kan fremmes krav etter alminnelig erstatningsrett for NPE, gjelder det ikke krav som går ut på tap på under 5000 kroner og krav på oppreisning. De nevnte krav må fremmes for domstolene, noe som av prosessøkonomiske grunner vil lite sannsynlig skje for krav under 5000 kroner.

9.1 Skyldansvar

Siden sviktbegrepet innebærer et utvidet uaktsomhetsansvar, er ikke skyldansvaret særlig aktuelt som et ansvarsgrunnlag. Skyldansvaret får betydning der skaden faller utenfor lovens virkeområde. Siden skyldansvaret krever at skadevolder må kunne bebreides, blir erstatningsvernet svakere enn etter pasientskadeloven.

9.2 Arbeidsgiveransvar

Når det er voldt en pasientskade, kan ikke erstatning kreves etter arbeidsgiveransvaret, jf. skl. § 2-1 nr. 4 som fastslår at ”*Om pasientskadeerstatning gjelder pasientskadeloven*”. Arbeidsgiveransvaret får derfor anvendelse på skader som ikke omfattes av lovens virkeområde. Siden arbeidsgiveransvaret har et snevrere anvendelsesområde enn pasientskadeansvaret blir erstatningsvernet svakere enn etter pasientskadeloven.

9.3 Objektivt ansvar

I henhold til forarbeidene er ulovfestet objektivt ansvar aktuelt for skader som ikke omfattes av bokstavene b, c og d.¹⁰³ Spørsmålet er om objektivt ansvar er aktuelt for andre skader enn skader som følge av teknisk svikt, smitte eller infeksjon og vaksinasjon.

Rt. 1963 s. 659 gjaldt et tilfelle av påstått feil sykehusbehandling ved benbrudd.

Pasienten, en ung gutt, brakk begge ben i venstre legg da han skulle hoppe på en trikk i fart. Han hevdet at blodproppen han fikk, og som førte til omtrent 50 prosent invaliditet, skyldtes behandlingen av benbruddet, mens sykehuset hevdet at blodproppen var et hendelig uhell. ”*Når objektivt ansvar i andre tilfelle er pålagt etter interesseavveiiingsprinsippet, er det å si at det ikke passer i forhold til et sykehus. Kommunen yter syke og tilskadekomne mennesker hjelp på sykehuset. Det er ikke et forretningsforetagende, men et ledd i kommunens sosiale forsorg.*” Retten bemerket videre at om sykehuset fikk et ansvar for behandlingens resultat, ville dette være en medisinsk umulighet for man kan aldri garantere et resultat i medisinsk praksis. De

¹⁰³ Ot. Prp. Nr. 31 (1998-99)

uheldige skadelidte var etter rettens mening ivaretatt ved blant annet ytelser fra folketrygden.

I Rt. 1960 s. 1235 (Tuberkulosesmitte- dommen II), var det heller ikke grunnlag for objektivt ansvar: *”Den risiko som her er antatt å ha realisert seg, at en person som nylig var skjermbildefotografert uten at man hadde kunnet påvise tuberkulose, skulle smitte medpasienter må snarere betegnes som mindre enn vanlig, enn som uvanlig stor... Den mulige økede risiko i sykestuen må ansees som en følge av den situasjon pasientens sykdom har ført ham inn i. Det er en risiko han normalt selv må bære og ikke kan velte over på den institusjon som arbeider for å gjøre ham frisk, når behandlingen svarer til de krav som kan stilles.”* Det var en rimelig risikofordeling at pasienten skulle ha risikoen for tuberkulosesmitte.

Rt. 1978 s. 482 (Røntgenstråle- dommen) gjaldt stråleskader etter kreftbehandling. Både byretten, lagmannsretten og Høyesterett kom til samme resultat – det forelå ikke uaktsomhet og heller ikke grunnlag for objektivt ansvar. Byretten uttalte: *”Retten finner det hverken rimelig eller naturlig å etablere et slikt ansvar. Man må ha i erindring at sykehusets oppgave i stor utstrekning er å berge liv. Det er en risikofylt oppgave, og det står for retten som mindre rimelig om et sykehus - som i nærværende tilfelle - skulle bli erstatningspliktig fordi en adekvat behandling som kanskje reddet et menneskeliv, har medført større skader enn man erfaringsmessig kunne regne med.”* Retten fant det rimelig med et objektivt ansvar for teknisk svikt, men ikke for behandlingsskader: *”Derimot er jeg meget engstelig forå la sykehusene bli innfanget av et objektivt ansvar såfremt den foreliggende feil skyldes ”selve systemet”, i den form at den menneskelige faktor har sviktet uten at svikten har karakter av uaktsomhet eller uforsvarlighet.”* Flere momenter talte for objektivt ansvar for behandlingsskader: *”Den alt overveiende del av legebehandlingen foregår i dag på offentlige sykehus, som kan forsikre seg mot skader. I og for seg kan det derfor sies at påregnelighetsbetraktninger, risikosynspunktet, forsikringssynspunktet og den interesseavveiende rimelighetsbetraktning som er momenter for det ulovfestede objektive ansvar i Norge, skulle tale for objektivt ansvar i denne sak.”* Men byretten støttet seg til innvendinger i juridisk teori mot objektivt ansvar for behandlingsskader og det faktum at den nye

skadeserstatningsloven ikke lovfestet objektivt ansvar. Høyesterett konkluderte med at et objektivt ansvar for komplikasjoner ved behandling ville ha store konsekvenser og var etter Høyesteretts mening en lovgiveroppgave. Avgjørelsen er fulgt opp i Rt. 1980 s. 1299 (Nerveskade-dommen) og Rt. 1990 s. 768 (HIV-dommen).

Saksforholdet i Rt. 1980 s. 1299 (Nerveskade-dommen) gjaldt en kvinne som skadet ulnarisnerven under en underlivsoperasjon. Som følge av dette fikk høyre hånd nedsatt bevegelse og nedsatt følsomhet. Høyesterett uttalte om ansvarsgrunnlaget: *”Etter gjeldende rett vil et erstatningskrav måtte bygges på at den oppståtte skade har sin årsak i bebreidelige forhold fra sykehusets side. Verken i lovgivning eller rettspraksis har man i dette tilfelle i dag støtte for å overføre sykehuset ansvar på objektivt grunnlag. Det anses i den forbindelse tilstrekkelig å vise til bemerkninger i Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1978 s. 482.”*

Rt. 1990 s. 768 gjaldt en psykisk syk kvinne som under en sykehusinnleggelse hoppet ut av et vindu og pådro seg en ryggskade. Under den påfølgende operasjon mistet hun mye blod og fikk blodoverføring. Mange år senere fikk ektemannen diagnosen HIV-positiv ved kontroll hos bedriftslegen. Kvinnen hadde samme sykdom og det ble konstatert at smitten hadde skjedd ved blodoverføringen mange år tidligere. Begge fikk det maksimale beløp i billighetserstatning av staten, men anla sak med krav om ytterligere erstatning. Retten viste til Rt. 1980 s. 1299 (Nerveskade-dommen) og Rt. 1978 s. 482 (Røntgenstråle-dommen) som argument mot objektivt ansvar. Man kan lese ut av dommen at behandling som er til pasientens beste og i samsvar med de krav vanlig medisinsk standard stiller, foregår på pasientens eget ansvar. Med henvisning til Rt. 1978 s. 482 måtte et ansvar på objektivt grunnlag være en lovgiveroppgave å ta stilling til. Retten ville vise tilbakeholdenhet med rettskapende virksomhet når lovforslaget om objektivt ansvar for pasientskader var under utarbeidelse. På den annen side kunne retten ha lagt vekt på at lovgiver ønsket regler om objektivt ansvar.

RG 1986 s. 402 gjaldt en kvinne som ble operert for en sprukken blindtarm, men ble påført skade i form av muskelsvinn og svekkelse av muskelen i venstre hånd og nedsatt følelse i samme. Skadelidte argumenterte med at pasienter ikke har mulighet til å bevise uaktsomhet fra sykehuspersonalets side slik at risikoen for skade bør bæres av

sykehuset og ikke den tilfeldige pasient. Skadelidte peker videre på forsikringsmulighetene. Videre viser hun til Rt. 1978 s. 482 (Røntgenstråle- dommen) der Høyesterett uttalte at det er en lovgiveroppgave å ta stilling til om det skal være et objektivt ansvar for behandlingsskader, og argumenterer med den senere omfattende lovfesting av objektivt ansvar. Retten fant likevel ikke grunnlag for endring av rettstilstanden.

Konklusjonen må bli at det ikke er grunnlag i rettspraksis for objektivt ansvar for behandlingsskader. Det er derfor ikke aktuelt for skadelidte å påberope objektivt ansvar utover pasientskadeloven.

9.4 Kontraktsansvar

Siden loven viser til alminnelige erstatningsrettslige regler, må også erstatning i kontrakt kunne påberopes som et grunnlag for erstatningsansvar, forutsatt at det foreligger en pasientskade. Helsetjenester er ikke regulert i lov, men av generelle kontraktsrettslige prinsipper. Forarbeidene til pasientskadeloven har ikke berørt forholdet mellom erstatningskrav etter pasientskadeloven og erstatningskrav etter kontraktserstatningsreglene. I teorien antas det at grunnen til dette er mangel på kontraktsrettslig behandling av forholdet mellom helsepersonell og pasient.¹⁰⁴ Det hevdes også at alminnelige kontraktsrettslige betraktninger om partenes ytelser ikke passer ved vurdering av helsehjelp.¹⁰⁵ I dag er det sikker rett at også helsehjelp kan underlegges kontraktansvar.

Erstatning i kontrakt er først og fremst aktuelt der skadelidtes tap ikke omfattes av pasientskadelovens pasientskadebegrep. For eksempel kan ikke et tilfelle der et kosmetisk resultat ikke oppnås, anses som en pasientskade.¹⁰⁶ Ovenfor er det nevnt at skjemmende arr etter kosmetiske inngrep omfattes av pasientskadeansvaret. En nesekorrigering som man ikke er fornøyd med, men som fortsatt innebærer en forbedring, er et annet tilfelle. Det anses heller som en mangel, det vil si et avvik fra

¹⁰⁴ Oftebro, 2007

¹⁰⁵ Brunsvig, 1983

¹⁰⁶ Oftebro, 2007

avtalt resultat. Siden loven trådte i kraft for den private helsesektor, har NPE behandlet mange krav om erstatning der det har vært en vanskelig vurdering av om det foreligger en pasientskade eller en mangel.¹⁰⁷ Gjennom kontrakt kan erstatningsansvaret være objektivt ved at pasienten får en garanti for ønsket resultat.

10 Avslutning

Det fremgår av oppgaven at det finnes flere grunnlag for ansvar som skadelidte kan påberope seg. Ansvar for svikt er et utvidet uaktsomhetsansvar. Det er ikke et krav til at skadevolder må kunne bebreides, men det er fortsatt et krav til at det må foreligge en overtreddelse av en objektiv norm. Hva som anses som svikt ved ytelsen av helsehjelp er relativt. Det vil vise seg hvorvidt pasienter ved private institusjoner vil oppnå et bedre erstatningsrettslig vern enn pasienter ved offentlige institusjoner.

Det lovfestede objektive ansvaret omfatter teknisk svikt, smitte eller infeksjon og vaksinasjon. Det er ikke grunnlag for et objektivt ansvar for behandlingsskader. Ansvar etter alminnelige erstatningsrettslige regler har mindre betydning. Pasientskadeloven gir et bedre vern enn skyldansvar, arbeidsgiveransvar og samme vern som ulovfestet objektivt ansvar for teknisk svikt.

11 Kilder

11.1 Lover

Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) av 13. juni 1969 nr. 26

Lov om produktansvar (produktansvarsloven) av 23. desember 1988 nr. 104

Lov om smittevern (smittevernloven) av 5. august 1994 nr. 55

¹⁰⁷ Norsk Pasientskadeerstatning, 2011

Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. februar 1997 nr. 19

Lov om helsepersonell mv. (helsepersonelloven) av 7. februar 1999 nr. 64

Lov om apotek (apotekloven) av 2. juni 2000 nr. 39

Lov om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven) av 15. juni 2001 nr. 53

11.2 Forskrifter

Forskrift om prioritering av helsetjenester, rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, rett til behandling i utlandet og om klagenemnd (prioriteringsforskriften) av 1. desember 2000 nr. 1208

11.3 Avtaler

Regler for midlertidig ordning med pasientskadeerstatning for somatiske sykehus/poliklinikker, 1988

Regler for midlertidig ordning med pasientskadeerstatning for kommunelegetjenesten/kommunal legevakt, 1992

Regler for midlertidig ordning med pasientskadeerstatning for psykiatriske sykehus/poliklinikker, 1992.

11.4 Forarbeider

11.4.1 Innstillinger til Odelstinget

Innst. O. nr. 46 (2006-2007) Innstilling fra helse- og omsorgskomiteen om lov om endringer i lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven) m.m.

Innst. O. nr. 68 (2000-2001) Innstilling fra sosialkomiteen om lov om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven)

11.4.2 Odelstingsproposisjoner

Ot. Prp. Nr. 48 (1956-66) Om lov om skadeserstatning i visse forhold.

Ot.prp. nr. 31 (1998-99) Om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven)

Ot. Prp. Nr. 55 (1999-2000) Om lov om erstatning ved pasientskader mv.
(pasientskadeloven)

Ot. Prp. Nr. 22 (2002-2003) Om lov om endring i lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven)

Ot.prp. nr. 74 (2002-2003) Om endringer i lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven)

Ot. Prp. Nr. 103 (2005-2006) Om lov om endringer i lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven) m.m.

11.4.3 Norges offentlige utredninger

NOU 1992: 8 Lov om pasientrettigheter

NOU 1992: 6 Erstatning ved pasientskader

11.5 Rettspraksis

11.5.1 Høyesterettspraksis

Rt. 2010 s. 78

Rt. 2008 s. 218

Rt. 2005 s. 1050

Rt. 1998 s. 1538 (Cauda aquina- dommen)

Rt. 1993 s. 1169 (Nervesvulst- dommen)

Rt. 1990 s. 768 (HIV-dommen)

Rt. 1989 s. 674 (Struma- dommen)

Rt. 1980 s. 1299 (Nerveskade- dommen)

Rt. 1978 s. 482 (Røntgenstråle- dommen)

Rt. 1963 s. 659

Rt. 1963 s. 161 (Pantocain- dommen)

Rt. 1962 s. 994

Rt. 1960 s. 841 (Vaksine- dommen)

Rt. 1960 s. 1235 (Tuberkulosesmitte- dommen II)

Rt. 1951 s. 950

11.5.2 Lagmannsrettspraksis

LF-2010-149413

LG-2010-070595

LG-2010-056030

LB-2010-005844

LB-2009-192317

LE-2009-191990

LB-2009-180976

LG-2009-175352

LB-2009-063385

LB-2009-024949

LB-2007-16311

RG 2003 s. 1441

RG 1986 s. 402

RG 1980 s. 848

RG 1959 s. 150

RG 1951 s. 348

11.6 Praksis fra Pasientskadenemnda

PSN-2010-576

PSN-2010-160

PSN-2009-1007

PSN-2009-645

11.7 Juridisk teori

Aasen, H. S. *Kravet om årsakssammenheng ved pasientskadeerstatning for informasjonssvikt*. Festskrift til Nils Nygaard, Bergen 2002 s. 225- 240

Brunsvig, J. *Culpanormen for leger*. Jussens Venner 1983 s. 243- 328

Førde, R. *Når noe går galt: hvilke feil gjøres da?* Medicinsk årbog 2002 s. 11- 16

Jørstad, R.G. *Den nye pasientskadeloven, særlig om offentlige helsetjenester*. Tidsskrift for Erstatningsrett 2004- 2/3 s. 138- 153

Kjønstad, A. *En modell for culpavurderingen*. Tidsskrift for Erstatningsrett 2005- 2 s. 87- 120

Lødrup, P. *Lærebok i erstatningsrett*. 6. utg. 1. oppl. Gyldendal Norsk Forlag AS 2009

Ness, J. G. *Sakkyndige i erstatningssaker*. Tidsskrift for Erstatningsrett 2006- 1/2 s. 1- 1

Nygaard, N. *Skade og ansvar*. 5. utg. Universitetsforlaget AS 2000

Oftebro, O.A. *Pasientskadelov og kosmetisk kirurgi – objektivt ansvar for estetiske mangler?* Tidsskrift for Den Norske Lægeforening nr. 24 2007; 127 s. 3282- 3283

Rasmussen, Ø. *Kommentar til pasientskadeloven i: Norsk Lovkommentar* (online). Gyldendal Rettsdata 2008

Reiersen, N. *Ny lov om pasientskadeerstatning, særlig om private helsetjenester*. Tidsskrift for erstatningsrett, 2004 s. 123- 136

Syse, A. *Helserettslige dommer siden 1985*. Lov og rett 2004 nr. 07-08 s. 388- 439

Syse, A. *Høyesterettsdom om jordmorarbeid og arbeidsgiveransvar*. Tidsskrift for Erstatningsrett 2006 -1/2 s. 50- 63

11.8 Elektroniske dokumenter

Norsk Pasientskadeerstatning. *Skjønnhetsbehandling – skade eller reklamasjon?*

www.npe.no [sitert 15.04.2011]

Norsk Pasientskadeerstatning. *Statistikk. Antall mottatte saker per år.* www.npe.no

[sitert 04.03.2011]

Norsk Pasientskadeerstatning. *Statistikk. Medhold/avslag per år.* www.npe.no

[sitert 04.03.2011]

Pasientskadenemnda. *Tall og fakta. Nye saker.*

<http://www.pasientskadenemnda.no/Statistikk/Nye-saker/> [sitert 04.03.2011]

Pasientskadenemnda. *Tall og fakta. Medhold/avslag.*

<http://www.pasientskadenemnda.no/Statistikk/Avviklede-saker-totalt1/>

[sitert 04.03.2011]

Pasientskadenemnda. *Tall og fakta. Antall stevninger m.m.*

<http://www.pasientskadenemnda.no/Statistikk/Stevninger/> [sitert 04.03.2011]

Pasientskadenemnda. *Tall og fakta. Resultater i rettssakene.*

<http://www.pasientskadenemnda.no/Statistikk/Resultater-i-rettssakene/>

[sitert 04.03.2011]

Norsk Pasientskadeerstatning. *Om NPE.* www.npe.no [sitert 20.01.2011]

